



RIO GRANDE DO SUL

ESA

Comissão da
Mulher Advogada

ELAS NA ADVOCACIA

Coordenadoras:

Claudia Sobreiro de Oliveira

Fabiana Ribeiro

Fernanda Osório

Luceline Teixeira Prado

Luciana Almeida da Silva Teixeira

Maiaja Franken de Freitas

Rosângela Maria Herzer dos Santos

Ano 2020

Coordenadoras:

Claudia Sobreiro de Oliviera

Fabiana Ribeiro

Fernanda Osorio

Luceline Teixeira Prado

Luciana Almeida da Silva Teixeira

Maiaja Franken de Freitas

Rosângela Maria Herzer dos Santos

ELAS NA ADVOCACIA



Porto Alegre, 2020

Copyright © 2020 by Ordem dos Advogados do Brasil

Todos os direitos reservados

Presidente da Comissão da Mulher Advogada - CMA-OAB/RS

Claudia Sobreiro de Oliveira

Capa

Carlos Henrique Pivetta

Elas na advocacia/, Claudia Sobreiro de Oliveira, Fabiana
Oliveira...[et.al] (Coordenadoras). – Porto Alegre: OAB/RS, 2020.
872p.

ISBN: 978-65-00-00058-0

1. Direito. 2. Advogadas I Título.

CDU: 347.965

Bibliotecária Jovita Cristina Garcia dos Santos – CRB 10/1517

Rua Manoelito de Ornellas,55 – Praia de Belas

CEP: 90110-230 Porto Alegre/RS

Telefone: (51) 3287-1838

elasnaadvocacia@oabrs.org.br

O conteúdo é de exclusiva responsabilidade dos seus autores.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CONSELHO FEDERAL
DIRETORIA/GESTÃO 2019/2021

Presidente: Felipe Santa Cruz
Vice-Presidente: Luiz Viana Queiroz
Secretário-Geral: José Alberto Simonetti
Secretário-Geral Adjunto: Ary Raghiant Neto
Diretor Tesoureiro: José Augusto Araújo de Noronha

ESCOLA NACIONAL DE ADVOCACIA – ENA

Diretor-Geral: Ronnie Preuss Duarte

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente: Ricardo Ferreira Breier
Vice-Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Secretária-Geral: Regina Adylles Endler Guimarães
Secretária-Geral Adjunta: Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Tesoureiro: André Luis Sonntag

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

Diretora-Geral: Rosângela Maria Herzer dos Santos
Vice-Diretor: Darci Guimarães Ribeiro
Diretora Administrativa-Financeira: Graziela Cardoso Vanin
Diretora de Cursos Permanentes: Fernanda Corrêa Osorio, Maria Cláudia Felten
Diretor de Cursos Especiais: Ricardo Hermany
Diretor de Cursos Não Presenciais: Eduardo Lemos Barbosa
Diretora de Atividades Culturais: Cristiane da Costa Nery
Diretor da Revista Eletrônica da ESA: Alexandre Torres Petry

CONSELHO PEDAGÓGICO

Alexandre Lima Wunderlich
Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira
Jaqueline Mielke Silva
Vera Maria Jacob de Fradera

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS

Presidente: Pedro Zanette Alfonsin
Vice-Presidente: Mariana Melara Reis
Secretária-Geral: Neusa Maria Rolim Bastos
Secretária-Geral Adjunta: Claridê Chitolina Taffarel
Tesoureiro: Gustavo Juchem

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA

Presidente: Cesar Souza
Vice-Presidente: Gabriel Lopes Moreira

CORREGEDORIA

Corregedora: Maria Helena Camargo Dornelles

Corregedores Adjuntos
Maria Ercília Hostyn Gralha,
Josana Rosolen Rivoli,
Regina Pereira Soares

OABPrev

Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Diretora Administrativa: Claudia Regina de Souza Bueno
Diretor Financeiro: Ricardo Ehrensperger Ramos
Diretor de Benefícios: Luiz Augusto Gonçalves de Gonçalves

COOABCred-RS

Presidente: Jorge Fernando Estevão Maciel
Vice-Presidente: Márcia Isabel Heinen

SUMÁRIO

PALAVRA DO PRESIDENTE: <i>Ricardo Breier</i>	10
APRESENTAÇÃO: <i>Claudia Sobreiro de Oliveira</i>	11
PREFÁCIO: <i>Rosângela Maria Herzer dos Santos, Fernanda Corrêa Osorio</i>	13
1. UMA LEITURA DAS PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA À LUZ DOS SETE PRINCÍPIOS DO EMPODERAMENTO FEMININO FORMULADOS PELA ONU – <i>Adriana Bitencourt Bertollo</i>	14
2. O DIREITO À EDUCAÇÃO: Sua estrutura básica na lei maior – <i>Amanda do Nascimento da Silveira</i>	23
3. O COMPLIANCE DIGITAL COMO TECNOLOGIA DE GESTÃO – <i>Ana Paula Cavalari</i>	40
4. O PAPEL DAS CONFERÊNCIAS DAS MULHERES DA AMÉRICA LATINA E CARIBE PARA A CONQUISTA, PRESERVAÇÃO E AVANÇO DE DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS- <i>Andréa Marta Vasconcellos Ritter</i>	60
5. DA (IN) APLICABILIDADE DA PRECLUSÃO NO DIREITO DE TRÂNSITO E SUAS REPERCUSSÕES PRÁTICAS – <i>Andréia Sheffer, Elenita Bentz</i>	74
6. ABORTO EM ALTO MAR E A POSSIBILIDADE LEGAL DE ATUAÇÃO DA WOMAN ON WAVES NA COSTA BRASILEIRA: o direito da mulher <i>versus</i> a soberania estatal – <i>Andressa Soccol, Josiane Petry Faria</i>	86
7. GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA: uma análise crítica sob a perspectiva da violação de direitos humanos – <i>Ariane Chagas Leitão</i>	99
8. A EQUIVOCADA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO COM O <i>COMMON LAW</i>: precedente, tradição e impossibilidade de aplicação a priori – <i>Camila Paese Fedrigo</i>	125
9. A ONEROSIDADE EXCESSIVA COMO FORMA DE REVISÃO E RESOLUÇÃO CONTRATUAL – <i>Carina Machado Simões Pires</i>	146
10. O EFETIVO ALCANCE DA TERCEIRIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-FIM FRENTE À LEI Nº 13.467/17 – <i>Carine de Souza Fior, Andréia Atti Simões</i>	171
11. A RELEVÂNCIA DA VISÃO SISTÊMICA POR PARTE DO OPERADOR DO DIREITO NA GESTÃO DE CONFLITOS NO CENÁRIO ORGANIZACIONAL – <i>Carolina Normey, Márcia Sarubbi Lippmann</i>	191
12. ASSISTÊNCIA SOCIAL: o benefício de prestação continuada (BPC) como vetor de proteção a dignidade da pessoa humana – <i>Caroline Albiere Porto</i>	204

13. ÉTICA, PRIVACIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS: O IMPACTO DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE – <i>Cíntia Miele Garnier, Tamyris Michele Padilha</i>	224
14. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL E SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - o impacto da contribuição previdenciária ante as limitações ao poder de tributar – <i>Clarice Lanner Carvalho Mertens</i>	241
15. FEMINICÍDIO: uma perspectiva nas relações domésticas – <i>Claudia Maria Petry de Faria, Franciele da Rosa Dias</i>	258
16. A REFORMA TRABALHISTA E O SURGIMENTO DE UMA NOVA MODALIDADE DE CONTRATO DE TRABALHO: o contrato de teletrabalho e seus desafios para utilização nas relações trabalhistas – <i>Claudia Portes Weber da Silva</i>..	276
17. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: alternativas para a prevenção – <i>Cristina Dal Sasso</i>	296
18. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: as principais alterações de acordo com o novo CPC- <i>Daniela Salhenaves Antolini</i>	306
19. OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS ASSEGURADAS AOS IDOSOS E A SUA EFETIVIDADE PRÁTICA NO ÂMBITO HOSPITALAR –<i>Débora Bós e Silva</i>	321
20. O IMPEDIMENTO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA RESULTA EM FILHOS ÓRFÃOS DE PAIS VIVOS – <i>Delma Silveira Ibias</i>	334
21. A REGULAMENTAÇÃO DO INMETRO SOBRE USO DE METAIS TÓXICOS NA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE JOIAS E BIJUTERIAS E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL – <i>Diana Lima Bezerra</i>	355
22. TERCEIRIZAÇÃO: uma forma precária de inclusão social – <i>Dionéia Cristina Caron, Izana Patricia Santos da Silva</i>	371
23. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NASCITURO – <i>Elenita Bentz</i>	390
24. AS TUTELAS DE PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO NA UNIÃO EUROPEIA FACE À SUA HIPERVULNERABILIDADE – <i>Evânia Romanosky</i>	410
25. A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLADORA DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER – <i>Giovana Pelágio Melo</i>	429

26. COMPLIANCE: a advocacia que evita riscos e danos - <i>Ingrid Fagundes Ziebell, Carolina Höhn Falcão</i>	449
27. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – <i>Karina Mombelli</i> ...	459
28. DIREITO DE ESCOLHA E REVEZAMENTO DA LICENÇA MATERNIDADE E A NECESSIDADE DA ADEQUAÇÃO EM RAZÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA – <i>Kelli Menin</i>	478
29. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO – <i>Laura Albrecht Freitas</i>	497
30. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: antecedentes históricos – <i>Leticia Marques Padilha</i>	515
31. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E AS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA- <i>Luísa Barbisan Mortari</i>	534
32. REPARAÇÃO CIVIL POR OCASIÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR –<i>Márcia Silva de Almeida</i>	547
33. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - fundamentos principiológicos- <i>Marciela Paula Gonzatti</i>	562
34. CRIMINOLOGIA JURÍDICA - o comportamento criminoso – <i>Maria Helena Ferreira Viegas</i>	578
35. PODER VERBAL: o que é e qual a sua real necessidade no exercício da advocacia criminal feminina – <i>Mariana Camargo, Emiane França Gauer</i>	586
36. REVISTA ÍNTIMA E A TRANSCENDÊNCIA DA PENA – <i>Marina Moro Zambon</i>	600
37. DIREITO DE FILIAÇÃO – um novo ramo do direito? –<i>Melissa Telles Barufi</i> .	617
38. MODA, COMPLIANCE E BRANDING, CONCEITOS ENTRELACADOS NO SEGMENTO DO FASHION LAW – <i>Nathalia Silveira de Almeida</i>	633
39. MEDIAÇÃO PENAL– ferramenta para a pacificação social. Instrumento de qualificação da convivência e enfrentamento da violência –<i>Nelnie Viale Lorenzoni</i>	647

40. O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO COADJUVANTE NA OBTENÇÃO DA DIGNIDADE DO ANIMAL NÃO HUMANO: o projeto de Lei N.º 2.556/19- <i>Nicolle Bitencourt Rocha</i>	662
41. NOVOS DIREITOS: a reprodução artificial heteróloga e o direito à identidade genética – <i>Patrícia Luzia Stieven</i>	680
42. SAÚDE DO TRABALHADOR: a valorização do ser humano ou o homem como máquina – <i>Rafaela Berton Bristott</i>	699
43. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERGOVERNAMENTAIS COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DO FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NO BRASIL: uma análise das potencialidades dos consórcios públicos – <i>Renata Hellwig Ferreira</i>	715
44. A CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO (FORMAÇÃO CONTINUADA) DOS MEDIADORES E CONCILIADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – <i>Roseli Blauth</i>	733
45. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: uma prática infensa ao pensamento inquisitorial – <i>Sabrina Silva Moreschi</i>	756
46. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PERDA DA CHANCE NA ATIVIDADE MÉDICA – <i>Sara Daniela Silva de Souza</i>	772
47. AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: dos juizados especiais ao pacote anticrime – <i>Valentine Carpenedo, Pâmela de Araújo Aquino</i>	793
48. FALSAS MEMÓRIAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE VULNERÁVEIS – <i>Valéria Rita Osmarin</i>	810
49. O DIREITO PENAL ALMEJANDO A PUNIBILIDADE, PORÉM COMO OPORTUNIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO EFETIVA – <i>Volnete Gilioli</i>	835
50. A LEGITIMIDADE ATIVA DOS PRODUTORES RURAIS FACE AO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PREVISTO NA LEI 11.101/05 – <i>Winni Fernanda Heckler</i>	856

PALAVRA DO PRESIDENTE

A contribuição das mulheres para a advocacia é fato reconhecido e consolidado. Desde a primeira profissional, Myrthes Gomes de Campos, até os dias de hoje, o trabalho realizado por milhares de advogadas enriquece e qualifica o cenário da Advocacia e do Direito brasileiro.

Na OAB, está consagrado o espaço da mulher pela meritocracia de seu trabalho e dedicação aos princípios institucionais. A Comissão da Mulher Advogada (CMA) na Seccional do Rio Grande do Sul é fruto desta evolução natural, meritória e representativa.

No Regimento Interno da CMA da OAB/RS está registrado logo no seu primeiro artigo uma das finalidades da comissão: “Contribuir para o aperfeiçoamento jurídico da classe da mulher advogada e demais operadores do direito por meio do estudo, da pesquisa e do esclarecimento da sociedade. ”

Fundamentada por esse propósito, a produção do e-book “Ela na Advocacia” é a materialização de uma construção coletiva de dedicação e comprometimento das advogadas gaúchas. Nesse trabalho em parceria com a Escola Superior da Advocacia da OAB/RS (ESA/RS), o livro atraiu dezenas de artigos importantes para o debate de temas institucionais e de cidadania.

A riqueza dos temas propostos, com abordagens sobre Direito Penal, Civil, da Família, Internacional, do Trabalho, Previdenciário, Internacional, entre outros, aprofunda a análise de questões relevantes e da atualidade. É esse olhar multifacetado que confere um brilho especial e ímpar a essa obra que está sendo entregue para a sociedade gaúcha e brasileira.

Parabenizo as organizadoras e todas as advogadas que participaram na elaboração do projeto “Elas na Advocacia”. Boa leitura.

Ricardo Breier

Presidente da OAB/RS

APRESENTAÇÃO

A Comissão da Mulher Advogada da OAB/RS, Gestão 2019/2021 disponibiliza à comunidade jurídica uma de suas realizações mais preciosas, o E-book ELAS NA ADVOCACIA.

Esta obra foi sem dúvida o primeiro projeto à frente da CMA e com este propósito convidei as queridas amigas e colegas, Luciana Teixeira e Luceline Prado, para me acompanharem na condução da Comissão.

O intuito da obra foi prestigiar o coletivo, propiciando um canal de divulgação do alto grau de capacitação das advogadas gaúchas, muitas das quais tenho o privilégio de ver atuando na CMA.

É inegável que na advocacia, assim como em toda a sociedade brasileira, as mulheres também enfrentam inúmeras barreiras para a real participação em todos os ambientes públicos e privados, dependendo ainda de legislações diversas, ações afirmativas, dentre outras iniciativas para ter o devido acolhimento e respeito.

Mesmo após 31 anos da atual Constituição Federal e do consagrado direito à igualdade entre homens e mulheres, os avanços ainda são lentos.

Este E-book é mais uma forma de ampliar o espaço da atuação das Advogadas, com reconhecimento técnico pela excelência dos artigos submetidos e caminhando todas, lado a lado, em busca da igualdade de gênero no mundo jurídico e na Seccional gaúcha.

Na leitura enxergo a advogada que reside em cada autora, com todas as suas paixões pela profissão, pela vida, com suas dificuldades, seus desafios constantes na maternidade, na vida pessoal, buscando também aperfeiçoamento profissional e ainda atuando institucionalmente.

Essas mulheres incríveis, multicapacitadas, encontraram tempo para responder ao chamado da Comissão da Mulher Advogada da OAB/RS e compreenderam que estamos unidas por pautas comuns. O trabalho de uma irradia frutos para as demais, e nesta senda, para todas as advogadas gaúchas.

Os temas jurídicos abordados foram de livre escolha das autoras, e interessam a inúmeros profissionais do Direito, das mais variadas áreas de atuação, tais como Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, Direito de Família, Direito Internacional, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito das Mulheres, Cadeia Produtiva de Moda, Ensino Jurídico, dentre outras. A leitura do índice já é instigante e retrata a exata dimensão do trabalho desenvolvido pelas Advogadas.

É também o momento de agradecer o trabalho e a dedicação das minhas colegas na Diretoria da CMA, Luciana Almeida Silva Teixeira, Luceline Teixeira Prado, Elisa Oliveira Branco, das Coordenadoras do GT de Produção Científica, Fabiana Ribeiro e Maiaja

Franken de Freitas e ao apoio de todas as demais Coordenadoras da Comissão da Mulher Advogada.

À Escola Superior de Advocacia do RS, na pessoa de sua Diretora-Geral, Rosangela Herzer dos Santos e toda a Diretoria, especialmente os Diretores Fernanda Correa Osorio e Ricardo Hermany, nosso profundo agradecimento pela excelência do trabalho realizado e pelo acolhimento dispensado à CMA, possibilitando publicação da presente obra.

À Ordem dos Advogados do Brasil -Seccional RS, na pessoa do Ilustre Presidente Ricardo Breier e toda a sua Diretoria, nossa gratidão pelo apoio incansável à Comissão da Mulher Advogada e por acreditar na necessidade de maior inserção da Mulher Advogada na OAB/RS.

À Cléa Carpi da Rocha, nossa Medalha Rui Barbosa e nossa inspiração maior, meu eterno agradecimento por tanto ensinamento jurídico, institucional e exemplo de vida que tenho recebido ao longo dos anos.

A todas as Colegas Autoras registro mais uma vez meu profundo reconhecimento por terem aceito o desafio conosco. Vocês servirão sempre de inspiração para as Colegas que nos sucederem na Comissão da Mulher Advogada da OAB/RS.

Porto Alegre, fevereiro de 2020.

Claudia Sobreiro de Oliveira

Presidente da Comissão da Mulher Advogada - CMA-OAB/RS

PREFÁCIO

Prefaciara presente obra reveste-se, para nós, de emoção especial. Fruto de uma aproximação constante e efetiva entre a Escola Superior da Advocacia do Rio Grande do Sul (ESA/OAB-RS) e da Comissão da Mulher Advogada da OAB-RS (CMA/OAB-RS), através de Cursos de Aperfeiçoamento, Debates, Seminários e Grupos de Estudos, o e-book “Elas na Advocacia” representa o quanto já avançamos e nos recorda o quanto ainda precisamos avançar na consolidação e no reconhecimento dos espaços ocupados por mulheres no campo do direito, especialmente da advocacia.

No prefácio de uma obra que traz um vasto e qualificado material produzido por advogadas, homenageamos todas as Mulheres de Ordem, na pessoa da conselheira federal e a primeira mulher a assumir a presidência da OAB/RS, Clea Carpi. Agraciada com a Medalha Rui Barbosa, a mais alta comenda da advocacia brasileira, durante o XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, a colaboração de Clea Carpi foi pontualmente definida por Claudio Lamachia como “imensurável para o avanço da advocacia, da justiça e do Estado Democrático de Direito”.

Assim como Clea Carpi, acreditamos que a caminhada para um (re) pensar acerca dos espaços de autoridade e de poder é de todos, advogadas e advogados, e com ela reproduzimos Pablo Neruda: “A luta é igual, para homens e para mulheres, crentes e não crentes, é a luta para dar maior efetividade e proteção à condição humana. Justa e igualitária para todos”.

Além de desejarmos uma boa e profícua leitura, convidamos os leitores e às leitoras para que atentem para a mensagem que brota de cada artigo desta obra, intencional ou não, que anseia pela igualdade entre mulheres e homens, pela liberdade e autonomia na vida cotidiana, sobretudo, nos espaços de liderança e de poder.

Porto Alegre, fevereiro de 2020.

Rosângela Maria Herzer dos Santos

Diretora Geral da Escola Superior da Advocacia da OAB/RS

Fernanda Corrêa Osorio

Diretora de Cursos Permanentes da Escola Superior da Advocacia da OAB/RS

UMA LEITURA DAS PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA À LUZ DOS SETE PRINCÍPIOS DO EMPODERAMENTO FEMININO FORMULADOS PELA ONU

Adriana Bitencourt Bertollo¹

RESUMO: O presente artigo surgiu do intento em colaborar com a obra “Elas na Advocacia”, idealizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, subseção do Estado do Rio Grande do Sul e, bem assim, destacar o papel das mulheres justamente em uma profissão que defende a realização da justiça, embora, contraditoriamente, elas próprias não estejam isentas de preconceitos dos mais gerais. Nesse contexto, esse pequeno estudo exalta a necessidade de apropriação pelas mulheres advogadas e por toda a sociedade, acerca dos Sete Princípios do Empoderamento Feminino, formulados pela ONU e que podem servir como amparo a um meio ambiente de trabalho mais sustentável e equânime.

Palavras-chave: Mulher. Advogada. Empoderamento. Igualdade.

INTRODUÇÃO

A atuação da mulher na advocacia não difere da luta feminina historicamente perpetrada por melhores condições de trabalho, dignidade e igualdade de oportunidades em relação aos homens, em todos os espaços laborais.

O direito ao trabalho é um preceito fundamental, catalogado na Constituição da República Federativa do Brasil e lá está consagrado em razão de diversas lutas sociais, fruto da tomada de consciência coletiva acerca da importância da valorização da força de trabalho.

A definição de espaços no mercado de trabalho não foi conduzida de forma equânime, de modo que ainda hoje, na era de pós-modernidade, as mulheres (e não só estas, mas transgêneros e quem mais ouse se diferenciar de um padrão socialmente imposto) ainda batalhem por condições mais igualitárias de trabalho e reconhecimento.

Historicamente, especialmente a partir do final do século XIX, as mudanças sociais não aconteceram com igualdade de gênero. No Brasil, como reconhecimento de cidadania, apenas em 1932 as mulheres conquistaram o direito opcional ao voto, tornando-se obrigatório em 1946. A própria legislação segregava vários direitos às mulheres, a exemplo

¹ Mestranda em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina (UDE-Uy). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Processual Civil. Professora do Instituto Brasileiro de Direito (IBIJUS). Advogada Pública - OAB/RS nº 47.576. Email: bertollo0811@gmail.com.

do homem como chefe de família (art. 1.579 do revogado Código Civil de 1916), dentre tantos outros exemplos.

A advocacia também já foi vista como uma profissão destinada aos homens, principalmente aos membros da elite do período colonial, que podiam cursar a Faculdade de Direito em Coimbra, Portugal, antes da criação do primeiro curso jurídico no Brasil, em 1827, conforme relata Almeida (2016, 31).

Em 2010, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu e publicou sete princípios do empoderamento feminino, orientando empresas e comunidade a sensibilizarem-se quanto à necessária igualdade de gênero em termos de liderança corporativa, não-discriminação, garantia de saúde, bem-estar, segurança, educação, profissionalização e empreendedorismo feminino.

Inobstante toda a evolução do diálogo social nesse sentido, a ascensão da mulher ao mercado profissional ainda é marcada pela desigualdade, por salários inferiores aos salários percebidos pelos homens, quiçá fruto da falta de entendimento quanto aos múltiplos papéis desempenhados pela mulher, especialmente no âmbito familiar.

Da mulher que trabalha “fora”, por assim dizer, se exige maior atenção quanto aos demais compromissos e afazeres domésticos, exigência nitidamente maior do que aquelas imputadas aos homens, socialmente dispensados da “dupla jornada”.

Além disso, não é de se estranhar que diversos tipos de preconceito no ambiente laboral, muitas vezes partam das próprias mulheres, a exemplo de uma notícia jornalística, que recentemente ganhou notoriedade em diversos meios de comunicação, tanto na televisão, quanto em jornais e sites da internet, denunciando que uma juíza na cidade do Rio de Janeiro, RJ, não estava permitindo o acesso de advogadas ao fórum, caso estivessem vestidas com saia ou vestido considerados curtos.²

Assim, o mercado de trabalho feminino ainda é recheado com desigualdade e preconceito de diversas espécies, sendo inteiramente oportuna a divulgação e incorporação, em todos os ambientes de trabalho, dos sete princípios de empoderamento das Mulheres, fomentados pela Organização das Nações Unidas.

²Matéria divulgada pela Agência Brasil, edição de 25 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.abc.com.br/justica/noticia/2019-10/juiza-que-mede-saia-de-advogadas-com-regua-e-denunciada-pela-oab-rj>>.

1. SOBRE O EMPODERAMENTO FEMININO

O poder feminino é algo latente e que precisa ser estimulado, desenvolvido e implementado com a adoção de políticas públicas consistentes. A natureza feminina exala uma grande força transformadora, característica ínsita ao universo feminino, biológica e culturalmente identificado com a defesa da prole.

Acerca da natureza feminina, é realmente empoderador quando a psicóloga Clarissa Pinkola Estés (1999, p. 239) registra que “as mulheres desenharam portas onde não houver nenhuma. E elas as abrirão e passarão por essas portas para novos caminhos e novas vidas”.

O ganho social que resulta do empoderamento feminino pode ser bem percebido na experiência indiana relatada por Amartya Sen (2016, p. 256), na obra *Desenvolvimento como Liberdade*. Sen (2016, p. 256) descreve o efeito que a alfabetização de mulheres e a obtenção de emprego tiveram na redução das taxas de fecundidade e mortalidade infantil.

A pesquisa divulgada por Sen (2016, p. 253) foi efetuada em quase trezentos distritos da Índia provando que educação e políticas públicas adequadas são capazes de proporcionar a emancipação feminina e conseqüente desenvolvimento social.

Sen (2016, p. 253) constata os efeitos sociais da emancipação das mulheres:

Embora as mulheres trabalhem muitas horas em casa todos os dias, esse trabalho não tem remuneração, sendo com frequência desconsiderado no cômputo das respectivas contribuições de mulheres e homens para a prosperidade conjunta da família. Mas a contribuição da mulher para a prosperidade da família é mais visível quando ela trabalha fora de casa e recebe um salário. Ela também tem mais voz ativa, pois depende menos de outros.

Respeitadas as diferenças advindas de uma rígida estrutura social indiana, em razão da qual provavelmente as mulheres contem com uma defasagem maior de direitos e igualdade, é pela “voz ativa” feminina, abordada por Amartya Sen, que se deve universalmente lutar.

A escritora nigeriana Chimamanda Ngozi Adichie (2012) pondera que “por séculos os seres humanos eram divididos em dois grupos, um dos quais excluía e oprimia o outro. É no mínimo justo que a solução para esse problema esteja no reconhecimento desse fato”.

A divisão sexual do trabalho, segundo Uchôa (2016, p. 95), por muito tempo também foi responsável pelo ideário de que os homens possuíam maior competência e habilidade na confecção de tarefas. Relata Uchôa (2016, p. 95) que “a divisão sexual do trabalho em sua

expressão mais latente, que fez massificar a ideia de que mulheres não estão aptas a exercer certas atividades de maior complexidade devido à natureza feminina”.

Entretanto, não mais se sustenta o argumento da supremacia masculina ao trabalho, ainda que, historicamente, fosse compreensível essa prevalência em atividades que envolvessem primordialmente a força física.

É por igualdade de direitos e oportunidades que se deve lutar, por mais respeito à condição feminina e por atitudes positivas que ressaltem e valorizem a condição da mulher no ambiente de trabalho.

2. OS SETE PRINCÍPIOS DO EMPODERAMENTO FEMININO

A “ONU Mulheres” nasceu a partir de iniciativas implementadas no âmbito do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), com o escopo de unir, desenvolver e fortalecer os espaços mundiais em defesa dos direitos das mulheres.

No *site* brasileiro da ONU Mulheres há notícia de que as atividades visam monitorar os compromissos internacionais acerca dos direitos humanos femininos, desenvolvendo diversas parcerias com a sociedade civil, poderes de Estado, incluindo o Poder Judiciário, universidades e empresas³.

Com efeito, os sete princípios do empoderamento feminino desenvolvidos pela ONU Mulheres, são os seguintes:

1. Estabelecer liderança corporativa sensível à igualdade de gênero, no mais alto nível.
2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação.
3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as mulheres e homens que trabalham na empresa.
4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional para as mulheres.
5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres através das cadeias de suprimentos e marketing.
6. Promover a igualdade de gênero através de iniciativas voltadas à comunidade e ao ativismo social.
7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero.

³ Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

Os sete princípios do empoderamento feminino têm auxiliado no desenvolvimento de parcerias com empresas e entidades da sociedade civil, no escopo de evitar padrões discriminatórios que envolvam sexo, raça, gênero.

Esses princípios trabalham o empoderamento feminino em diversas faces: não-discriminação, igualdade de gênero, capacitação, apoio ao empreendedorismo, acesso à igualdade de oportunidades no ambiente de trabalho e, principalmente, o exercício da liderança (princípio nº 1).

O empoderamento da mulher na advocacia, muito além das defesas das prerrogativas profissionais, deve ser objeto de conquista, inclusive, no que tange aos espaços de maior expressão e tomada de decisões, a exemplo da assunção aos postos de presidência dos próprios conselhos profissionais. Nesse sentido, é de salientar que, conforme pesquisa junto ao *site* da Ordem dos Advogados do Brasil, em nenhuma das vinte e sete unidades da federação consta a figura da mulher como presidente de subseção, embora em vários Estados e no Distrito Federal elas ocupem a vaga de vice-presidente, como se verifica no Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Sergipe e Tocantins.

Em diversas outras entidades, inclusive representativas da vontade popular, o número de mulheres (dados de 2019) é significativamente inferior aos homens, a exemplo do Senado Federal (12 mulheres em um total de 81 vagas) e Câmara dos Deputados (77 mulheres em um total de 513 vagas).

Apesar de o número de mulheres na população brasileira ser superior ao número de homens (dados do IBGE), ainda se verifica a tradição masculina na ocupação dos principais postos de representatividade popular e de tomada de decisões políticas, não sendo diferente nos quadros profissionais da OAB, cenário que tende a se modificar com a crescente participação feminina nas esferas de debate.

Desse modo, os Sete Princípios do Empoderamento Feminino que embasam a busca pela ascensão pessoal e profissional da mulher no âmbito das Nações Unidas, podem nortear o protagonismo da mulher advogada, em busca de espaços públicos de reconhecimento e voz ativa.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO LEGAL DA MULHER ADVOGADA

O Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, em diversos dispositivos, realiza a defesa da classe da advocacia e estabelece os direitos do advogado. Em lei mais recente, publicada sob nº 13.363, em 25 de novembro de 2016, foram demarcados os direitos da mulher advogada, primordialmente em face da maternidade (gestação, lactação, adoção).

Esses direitos protetores da maternidade, frisados no artigo 7º-A do Estatuto da Advocacia, obviamente são essenciais e basilares ao desempenho profissional da mulher advogada.

A questão específica a respeito da violência de gênero, que a mulher por uma condição cultural pode sofrer, não está legalmente capitulada no estatuto da categoria, embora passível de enquadramento como afronta às prerrogativas profissionais (art. 7º do EAOAB).

O amparo legal aos diversos reveses pelos quais as mulheres advogadas podem sofrer durante o exercício profissional, vem sufragado no art. 7º do EAOAB, traduzido como direito à liberdade profissional.

A liberdade, segundo o constitucionalismo moderno, é um direito fundamental de primeira dimensão, em razão do qual se prega o respeito aos direitos básicos, protegidos da intervenção estatal.

Entretanto, apesar de essencial, a mera proteção de direitos básicos que reconheçam a condição gravídica da mulher advogada, certamente não garante um exercício profissional pleno, em condições de igualdade aos homens e isento de discriminações. Considerando que o Direito brasileiro é orientado por lei formal, pode-se ressaltar que a proteção à liberdade profissional contida no artigo 7º do EAOAB e a proteção à mulher advogada grávida ou adotante, ainda é insuficiente como fator de empoderamento.

Mais alto é o patamar social que deve ser perseguido pelas mulheres que defendem tanto outras mulheres, quanto as demais pessoas e os mais diversos ideais de justiça. Esse alcance fica bem esclarecido na lição de Santos e Lemos (2011, p. 408):

“(…) empoderamento refere-se ao acesso das mulheres ao poder político, para que elas possam interferir na formulação de políticas públicas, com autonomia na tomada de decisões sobre suas vidas, o que envolve mudança nas relações de poder, em diversos aspectos da vida social”.

A tradição de prevalência masculina, inclusive nos quadros da OAB, é um cenário que tende a mudar, mas necessita ainda que as mulheres sejam incentivadas a empreender no campo da advocacia, buscar soluções coletivas que permitam o empoderamento feminino.

Um reflexo dessa evolução, em dados mais recentes, ou seja, a partir da atual quadra do século XXI, é de se destacar com a aprovação do Provimento nº 164/2015, que reserva a cota de 30% para que mulheres advogadas concorram em chapas de diretoria da entidade.

Esse provimento interno versa sobre a valorização da mulher advogada e adota importantes medidas na defesa dos direitos humanos da mulher, que a permitam a educação jurídica, enfrentamento do tráfico de mulheres, direitos da mulher encarcerada, valorização da mulher indígena, combate ao racismo e violência contra mulheres negras, política de concessão de benefícios às advogadas mães, em um rol que pauta diversas prioridades não só femininas, mas necessárias a uma sociedade mais justa e plural.

CONCLUSÃO

Essas breves considerações sobre os sete princípios do empoderamento feminino, defendidos pela ONU, serviram ao escopo de demonstrar a importância do papel social da mulher advogada, além da intenção em destacar as normas protetivas da mulher advogada no Brasil e imprimir uma leitura desse diálogo institucional à luz dos princípios de empoderamento defendidos pela ONU.

O empoderamento feminino, na forma como valorizado pelas Nações Unidas, pode ser categorizado como um direito de dimensão especial, ou seja, não apenas na defesa da liberdade profissional da mulher, concebida como garantia de que possa usar a vestimenta que lhe aprouver ou, ainda, que seja beneficiária de direitos que confirmam proteção à maternidade e proteção contra a discriminação.

O reconhecimento desses direitos apesar de essencial é, contudo, nitidamente basilar. A liberdade de atuação profissional da mulher deve conviver e dar espaço à proposta do empoderamento, traduzido como oportunidade de participação na tomada de decisões, em suas diferentes esferas sociais. As medidas de empoderamento buscam o resgate do gênero

feminino, sufocado por décadas de uma história que respaldou uma visão míope de supremacia masculina.

Desse modo, o empoderamento feminino é medida que busca equilibrar os ditames da vida em sociedade, assegurar não só às mulheres o direito ao reconhecimento de sua igualdade, mas dar mais liberdade inclusive aos homens, a fim de que o gênero humano possa desempenhar com inteira liberdade a busca por uma convivência social mais harmoniosa e feliz.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos Todos Feministas**. Tradução Christina Baum. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

ALMEIDA, Evenise Ribeiro de. **Gênero e Empoderamento das Advogadas Junto às Comissões na Ordem dos Advogados do Brasil na Região Norte**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Tocantins Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, 2016. Disponível em: <<http://umbu.uft.edu.br/bitstream/11612/163/1/Evenise%20Ribeiro%20de%20Almeida%20-%20Disserta%20a7%20a3o.pdf>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

BRASIL. Planalto. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 26 de outubro de 2019.

_____. Planalto. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Bancada Feminina na Câmara Sobe de 51 para 77 Deputadas**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

CORRÊA, Douglas. **Juíza que Mede Saias de Advogadas com Régua é Denunciada pela OAB-RJ**. Agência Brasil. Publicado em 25 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-10/juiza-que-mede-saia-de-advogadas-com-regua-e-denunciada-pela-oab-rj>>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora LTR, 2016.

ESTÉS, Clarissa Pinkola. **Mulheres que Correm com os Lobos: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Quantidade de Homens e Mulheres.** Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Institucional/Seccionais.** Disponível em: <<https://www.oab.org.br/seccional/se>>. Acesso em 28 de out. de 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Leis e Normas. Provimento nº 164/2015.** Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/164-2015?search=164&provimentos=True>>. Acesso em 28 de out. de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios de Empoderamento das Mulheres.** Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>>. Acesso em 27 de out. de 2019.

SANTOS, Daniele Vasco; LEMOS, Flávia Cristina Silveira. **Uma Analítica da Produção da Mulher Empoderada.** Revista Psicologia e Sociedade, 23 (2), p. 407-414, 2011. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23n2/a22v23n2.pdf>>. Acesso em 27 de out. de 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta, revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENADO FEDERAL. **Bancada Feminina no Senado Terá 12 Integrantes em 2019.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/31/bancada-feminina-no-senado-diminui-em-2019>>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e Mercado de Trabalho no Brasil: um estudo sobre igualdade efetiva baseado no modelo normativo espanhol.** São Paulo: LTr, 2016.

O DIREITO À EDUCAÇÃO: SUA ESTRUTURA BÁSICA NA LEI MAIOR

Amanda do Nascimento da Silveira¹

RESUMO: O que se pretende na pesquisa ora realizada é explanar sucintamente sobre os preceitos constitucionais que tratam especificamente da educação e que contem em seu bojo, regras e metas relevantes a serem observadas pelo próprio Estado. O tema está inserido nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal vigente que define a educação como um direito social a ser custeada pelo próprio Estado a todos que dependerem do ensino público. Com efeito, a tarefa de educar é exclusiva do Estado, mas com uma junção de esforços compartilhada pela família e pela sociedade. Deste modo, é realizada uma necessária abordagem acerca dos conceitos relativos à educação e suas práticas desde a concepção introduzida pela própria Constituição Federal, cujos princípios foram promulgados em 1988 e continuam atuais. Para tanto, necessária à apresentação dos princípios e finalidades que regem a educação brasileira, para que a partir destes, possam ser atingidos os objetivos sociais de dar efetiva educação aos cidadãos. É utilizando a pesquisa bibliográfica que o presente artigo pretende demonstrar que as bases constitucionais existentes podem ser consideradas contemporâneas e atingir de fato os objetivos e necessidades educacionais. Neste sentido, busca-se demonstrar a necessidade de que se cumpram os dispositivos preambulares da Constituição Federal – que remete à ‘*assegurar o exercício dos direitos sociais*’, entre outros – de modo que o artigo visa se tornar um instrumento de exposição das razões constitucionais para o desenvolvimento do ensino como um todo.

Palavras-Chave: Educação; Constituição; Estado; Família; Sociedade.

INTRODUÇÃO

A educação, definida em nosso ordenamento jurídico Pátrio vigente como sendo um direito do cidadão e um dever do Estado, é uma das condições para a existência digna do cidadão. Trata-se de um direito humano fundamental como bem conceitua o doutrinador José Afonso da Silva², que leciona o seguinte:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais* como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conxionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela ULBRA, Advogada OAB/RS 65.121, Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho pela UNISC e Pós Graduada em Educação pelo IFSUL, MBA em Gestão de Pessoas pela UNINTER.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.253.

materiais mais propícias ao auferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Com a Constituição Federal vigente, e da legislação esparsa complementar, o nosso ordenamento jurídico modificou-se significativamente no tocante à educação. De todos os direitos sociais constitucionalmente protegidos, nenhum fora tão comentado quanto à regulamentação do direito à educação.

A partir de uma análise textual da Constituição Federal de 1988, o estudo ora proposto abordará o direito de educação como um direito subjetivo, ou seja, como um direito a algo, que corresponde a um dever de alguém.

O doutrinador Paulo Dourado de Gusmão³ nos esclarece muito bem o conceito de direito subjetivo:

Mais precisamente: faculdade, assegurada pela ordem jurídica, de exigir determinada conduta (ação ou omissão) de alguém, que, por lei ou por ato jurídico, esta obrigado a cumpri-la. Daí ser considerado como *facultas agendi*. Destarte ao direito subjetivo de uma pessoa corresponde sempre o dever de outra, que se não o cumprir, poderá ser compelida a observá-lo através de procedimento judicial, ou, excepcionalmente, pela legítima defesa.

Orlando Gomes⁴, doutrinador na área civil, invocando Von Thur, também nos traz com muita objetividade um conceito sobre o direito subjetivo, o qual imperioso faz-se colacionarmos:

Direito subjetivo é a faculdade de agir, - *facultas agendi* -, direito objetivo, norma de ação -, *norma agendi*. Um não pode existir sem o outro, porque, se é inconcebível a existência de direitos subjetivos sem uma ordem jurídica, não se pode imaginar ordem jurídica sem direito subjetivo.

Por fim, para MACHADO NETO⁵:

Esses diversos sentidos em que pode ser corretamente empregado o conceito de direito subjetivo, guardam, contudo, uma unidade conceitual inequívoca, o que pode ser comprovado se observarmos que, em qualquer desses casos o conceito que se lhe dá de opor é o de dever jurídico como conceito correlato do de direito subjetivo.

Contudo, para fazer tal análise do direito à educação a partir do conceito de direito

³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito: Introdução ao Estudo do Direito*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 19-20.

⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 129.

⁵ NETO, A. L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 155-156.

subjetivo, temos que ter como base o direito objetivo, e, o artigo abordará uma análise do direito à educação referida na Constituição Federal, nossa Lei maior.

Ademais, embora muito se debata hodiernamente sobre a educação enquanto uma atividade, ela, enquanto direito, não é vista com clareza em seus contornos, limites e alcance.

Sendo assim, o presente artigo pretende colaborar para que tenhamos uma visão mais clara e realista sobre o direito à educação propriamente dita, nos dias de hoje.

1 CONCEITUANDO EDUCAÇÃO

A Constituição Federal vigente desde 1988 trata o direito à educação como sendo um direito social.

Segundo FERREIRA⁶, educação é um *‘processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social (...)’*.

A Lei de nº 9.394/96 que trata das diretrizes e bases da educação nacional - LDB foi à primeira Lei educacional a fornecer um conceito de educação propriamente dito. Em seu início, mais especificamente em seu primeiro artigo, a LDB traz a educação num sentido geral, que abrange o processo de escolarização; a formação na família; na escola; no labor e na convivência. Neste sentido, se ressalta o art. 1º da LDB:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

Como já mencionado, a educação é qualificada na Constituição como um direito social, e, os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória do Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Nesta linha de raciocínio, é pertinente colacionar o artigo 6º da CF/88:

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Franteira S. A., 1975, p. 499.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Tal previsão na Lei Maior decorre do fato do Brasil ser signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada pela Organização das Nações Unidas – ONU e datada de 1948, que trata da instrução e que assim dispõe o seu artigo 26, que dispõe:

I) Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Sinala SILVA que o artigo 205 da Constituição Federal contém “*uma declaração fundamental*”, de modo que uma vez combinada com o artigo 6º da mesma Carta, “eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem”. E complementa dizendo que:

A educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula – a educação é dever do Estado e da família -, constante do mesmo artigo, que contempla a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família.⁷

Diante de tal redação fica evidenciado que a educação é de vital interesse do Estado, já que visa o desenvolvimento da pessoa, do exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, e repercute no desenvolvimento do convívio social.

1.1 Conteúdo, Linguagem e Formação Religiosa

Estabelece a Constituição que serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental. Tal previsão tem como escopo universalizar a educação básica comum no

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.315.

âmbito do território nacional, respeitando os valores culturais e artísticos, porém, sem esquecer os valores específicos de cada região.

A língua a ser utilizada, pelo menos na educação básica o ensino fundamental, é a oficial do País (Língua Portuguesa), porém, para as comunidades indígenas é permitida a utilização da língua materna da tribo, de forma a facilitar a aprendizagem, nos termos do artigo 210, §2º, da Constituição Federal.

Prevê ainda a Constituição que o ensino religioso é disciplina facultativa do ensino público fundamental, devendo compor o horário normal das escolas públicas, conforme artigo 210, em seu §1º.

Com efeito, é pertinente expor o posicionamento de MORAES⁸:

Entendemos que, abstratamente, a regulamentação da presente norma somente não estará eivada do vício de inconstitucionalidade se o Poder Público autorizar as mesmas condições e benefícios para que toda e qualquer fé possa ser ministrada nas escolas públicas – o que na prática mostra-se absolutamente impossível.

Assim, inevitável seria a escolha de determinada doutrina religiosa para a exposição educacional e, ainda que de matrícula facultativa, entende Moraes, que é impossível que não se formem alianças entre o Poder Público com determinada doutrina, “*em detrimento das demais, que não poderiam levar sua mensagem às escolas públicas*”⁹.

2 OS SUJEITOS DO DEVER DE EDUCAR

O dever de educar está estabelecido tanto na Constituição federal, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Destaca-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente seu artigo 4º, *caput*, que estabelece tal compromisso, tal dever:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Sendo o assunto de tamanha importância, necessário esclarecer que o sujeito ativo da

⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1984-1985.

⁹ Ibidem, p. 1985.

educação é aquele que tem o direito à educação, enquanto que o sujeito passivo é o Estado, a família e a sociedade em geral.

2.1 Dever do Estado

O artigo 208 da Constituição Federal delimita as responsabilidades do Estado em fornecer aos seus cidadãos a educação pública, quais sejam: disponibilizar educação básica a todos e todas, inclusive os que não tiveram acesso na época própria; promover de forma progressiva a universalização do ensino médio gratuito; prestar atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; prestar educação infantil através de creches e pré-escolas para as crianças até 5 anos de idade; garantir acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e da criação artística (segundo a capacidade de cada um); oferecer ensino noturno regular (adequado as condições do educando); por fim, prestar atendimento ao educando no ensino fundamental, fornecendo-lhes, além do ensino, material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Também compete ao Poder Público recensear os educandos do ensino fundamental de forma a zelar pela frequência à escola, tarefa a ser dividida pelos pais e/ou responsáveis.

É preciso deixar claro que estamos tratando do Estado de um modo amplo, e não como Ente Federativo, já que a responsabilidade de ensinar não é exclusiva somente da União, do Estado ou Município, mas sim integra um sistema que visa harmonizar os Poderes Executivos, nacional, estadual e municipal em prol da educação.

O dever do Estado em prestar o serviço público de ensino a todos que dele necessitarem, assim está caracterizado pela própria Constituição através do § 1º do art. 208. E, caso violado o direito, aquele que se sentir lesado deve procurar o Poder Judiciário para que seu direito subjetivo se concretize, mediante comprovação da inexistência de vaga no ensino público da localidade onde o educando reside.

Há de salientar e ratificar que o dever de educar não é exclusividade do Estado, uma vez que a Constituição também estabelece como encargo da família e da sociedade, bem como, o artigo 2º da LDB que também estabelece o dever de educação da família e do Estado:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua

qualificação para o trabalho.

Em não sendo oferecido o ensino obrigatório ou sendo ofertado de forma irregular pelo Poder Público, importará responsabilização do gestor pela autoridade competente, conforme determina o artigo 208, parágrafo 1º da Constituição Federal, que estabelece o direito à educação como subjetivo e parágrafo 2º que traz a sanção para o descumprimento.

2.1.1 Divisão e Colaboração dos Entes Federativos na Educação (artigo 211)

Os Entes Federativos das três esferas (União, Estados e Municípios) possuem seus sistemas próprios de ensino, com o objetivo de assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Segundo o artigo 21 da LDB, ‘*a educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior*’.

A colaboração consiste na priorização destinada por força da Constituição aos Municípios, encarregados de proporcionar ensino fundamental e educação infantil, pelo menos. Já os Estados devem enfatizar suas políticas educacionais no ensino fundamental e ensino médio, o que não significa deixar de investir no ensino superior.

A União, que concentra os recursos públicos, tem como encargo, organizar o sistema federal de ensino e dos territórios, exercendo também função redistributiva e supletiva, fornecendo assistência técnica e financeira aos Estados a fim de proporcionar oportunidades educacionais equivalentes e um padrão mínimo de qualidade.

2.1.2 Orçamento Mínimo Destinado à Educação (artigo 212)

A União, os Estados e o Distrito Federal, bem como, os Municípios, estão obrigados a aplicar percentual mínimo sobre a receita anual resultante dos impostos para financiamento da educação. Referida parcela sobre a arrecadação é de no mínimo 18% (dezoito por cento) a nível federal e 25% nas esferas estaduais e municipais, representando ¼ da arrecadação, tamanha a importância da educação para o desenvolvimento do País.

Além do destino compulsório dos recursos, também compreende fonte adicional do

financiamento da educação o valor arrecadado à título da contribuição social do salário-educação, custeado pelas empresas e equiparadas, de alíquotas variáveis de acordo com a atividade econômica desenvolvida, e recolhido aos cofres públicos unificadamente com a contribuição previdenciária.

O gestor público que não destinar a verba mínima da educação estará sujeito as cominações da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2.1.3 Extensão de Assistência Estatal para as Escolas Comunitárias e Filantrópicas (artigo 213)

As escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas podem receber recursos públicos, desde que comprovem não ter fins lucrativos e destinem o excedente financeiro na educação, devendo também assegurar que em caso de encerramento das atividades todo patrimônio adquirido seja revertido a escolas afins ou ao Poder Público.

Também fica aberta a possibilidade de fornecimento de bolsas de estudo aos hipossuficientes (para o ensino fundamental e médio), apenas quando não houver vagas na rede pública do domicílio do educando.

2.1.4 A Autorização para Exploração Econômica do Ensino Privado

Tal como previsto no artigo 209, é permitido à iniciativa privada explorar como atividade econômica o ensino, do ensino fundamental ao superior. Contudo, as instituições privadas devem observar as normas gerais da educação nacional, além é claro de estarem autorizadas e de se submeterem as avaliações dos Poderes Públicos. Afora isso, não há como o Estado intervir na gestão e metodologia de ensino praticada nas escolas particulares.

2.1.5 Autonomia das Universidades

O artigo 207 da Carta Magna trata especificamente do ensino superior, garantindo autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Tem como encargo a observância do Princípio da Indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e extensão, ou seja, a Constituição torna claro que o campo do ensino e da ciência deve andar lado a lado, em prol de um

resultado melhor para ambos.

Entretanto, a autonomia universitária não pode ser interpretada como independência ou muito menos soberania, pois continuam as universidades sob o controle dos órgãos federais competentes, conforme interpretação de MORAES¹⁰ acerca do entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça – encarregado de dar interpretação de toda a legislação federal, afora a Constituição, que é de incumbência do STF).

As universidades estão constitucionalmente autorizadas a contratar professores, técnicos e cientistas estrangeiros conforme o parágrafo 1º do artigo 207 da Constituição Federal.

Por fim, esclarecemos que o Estado Brasileiro não é obrigado a prestar educação superior, o mesmo apenas está comprometido em garantir o acesso, garantir que ele esteja disponível ao cidadão.

2.2 Dever da Família

É inegável que a família tem papel fundamental no desenvolvimento da educação, fazendo com que o ensino prestado na escola se harmonize e seja complementado no lar.

É um trabalho conjunto desempenhado pelos pais e professores, com acesso livre dos pais à escola, fazendo com que a escola também chegue à moradia do aluno.

O artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece tal responsabilidade, ao afirmar que *‘os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino’*. Destaca-se que o dever de matricular não é o mesmo que o dever de educar, sendo o dever de matricular dos pais e/ou responsáveis e o dever de educar do Estado.

A respeitável doutrinadora Maria Helena Diniz¹¹, traz considerações importantes sobre o dever da família, a saber:

Com o casamento surge à família legítima, conseqüentemente um dos principais efeitos do matrimônio é o *dever dos pais de sustentar, guardar e educar os filhos* (CC, art. 231, IV, preparando para a vida de acordo com suas possibilidades. Têm,

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1978.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5.v.São Paulo: Saraiva, 1997, p. 131-132.

portanto, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (CF, arts. 227 e 229 e Lei n. 8.069/90, arts. 19 e 22).

Nesta linha de raciocínio, o considerável doutrinador Silvio de Salvo Venosa¹² fundamenta com brilhantismo esta questão fundamental que trata da responsabilidade dos pais com relação à educação dos filhos, assim vejamos o trecho:

Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal).

É pertinente destacar o artigo 18 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, datada de 1990 e da qual o Brasil foi signatário:

ARTIGO 18

1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o conhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação a educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.
2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.
3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

2.3 Colaboração da Sociedade

Além do interesse direto da família na educação de seus filhos ou tutelados, há também o interesse indireto da sociedade como um todo, no sentido de propiciar o progresso e erradicar o analfabetismo, já que uma sociedade desenvolvida economicamente necessita de educação de qualidade não apenas para as minorias mais favorecidas.

Sendo assim, é muito importante a atuação prática da sociedade em todo o processo educacional, devendo ser, inclusive, reconhecida e estimulada pelo Estado, como uma forma

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 342.

de inserir o aluno no contexto social, bem como, dar à sociedade em geral a dimensão de sua responsabilidade na formação do cidadão.

2.4 Educação Domiciliar

A possibilidade de prestação do ensino em domicílio pelos familiares ou responsáveis vem ganhando espaço, diante da vontade daqueles que prestam assistência ao menor, renunciando o dever Estatal em prestar educação regular por vontade dos responsáveis. Inúmeras as discussões vêm à tona, como o afastamento do convívio social no ambiente escolar que também faz parte da educação, bem como a ausência de fiscalização por parte do Estado. No entanto, não há vedação legal, seja na Constituição seja na legislação infraconstitucional, carecendo apenas de regulamentação.

3 PRINCÍPIOS E FINALIDADES DA EDUCAÇÃO

3.1 Princípios

O sistema de ensino é baseado em Princípios estabelecidos pela Carta Magna, isto é, pela Constituição Federal. Tais princípios estão elencados nos incisos do artigo 206. É imperioso analisar uma a uma, conforme segue:

“I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; ”

Tal Princípio traz para o campo da educação a garantia de igualdade prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal onde *‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’*

“II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; ”

Privilegiado aqui como Princípio, assim como já havia sido previsto na Constituição Federal como garantia de liberdade de expressão (seja ela intelectual, artística, científica ou de comunicação) prevista no artigo 5º, inciso IX, a liberdade do professor exteriorizar seus ensinamentos sem ingerência administrativa – a liberdade de cátedra – ressalvado apenas a

fixação de currículo escolar,¹³ afinal, *‘é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’*.

“III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;”

A circunstância de não universalizar um modelo pedagógico, permitindo o aperfeiçoamento do ensino e liberdade aos professores, sem a adoção de um padrão, contempla a garantia constitucional de liberdade de pensamento estabelecida no artigo 5º, inciso IV, que decreta ser *‘livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato’*, e também, o ideal de aperfeiçoamento constante do ensino previsto no artigo 214, inciso III, da Constituição Federal como meta da educação, que será tratado mais atentamente em título próprio.

Ao prever a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, sem monopolizar a educação como um serviço exclusivamente público, o Estado acaba por autorizar a iniciativa privada a prestá-lo, porém, com a estrita observância das disposições constitucionais.

A Constituição Federal, afirmando que a educação é direito de todos, não obstante prever a liberdade de ensino à iniciativa privada (CF, art. 209), consagra a opção pelo ensino público¹⁴.

“IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; ”

Através desse Princípio o Estado assume o ônus de prestar serviço público de ensino, nos limites do artigo 208, também da Constituição, dos quais são usuários a grande maioria da população.

“V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; ”

Não existe educação de qualidade sem que sejam reconhecidos e respeitados os profissionais envolvidos, e assegurando-lhes direitos mínimos, tal como o plano de carreira,

¹³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1972.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 743.

que estimula a educação continuada. O ingresso como profissional de ensino público também privilegia a isonomia, já que essencial à aprovação em concurso público.

“VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;”

O ideal democrático da denominada Constituição Cidadã também fica claro através desse Princípio, com as decisões tomadas pela maioria. Contudo, não há obrigação de realização de eleições diretas para os cargos de direção das instituições de ensino público, o que entendeu o STF (Supremo Tribunal Federal encarregado de dar interpretação da Constituição) em vários julgados¹⁵.

“VII - garantia de padrão de qualidade. ”

O Estado fica incumbido não só de assegurar o ingresso e permanência no ensino público, como também prestar serviço de qualidade.

“VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. ”

Mesmo que o exercício deste direito não seja realidade, como é o caso de alguns Estados, que insistem em deixar de pagar o piso nacionalizado, ainda assim a previsão legal se constitui um avanço.

3.2 Finalidades

3.2.1 Metas Constitucionais a serem atingidas pelo Plano Nacional de Educação

O Plano Nacional de Educação, elaborado para vigorar decenalmente fixa as diretrizes a serem alcançadas na gestão da educação. O artigo 214 da Constituição define como ideal a ser alcançado no planejamento da educação:

- I - erradicação do analfabetismo;*
- II - universalização do atendimento escolar;*
- III - melhoria da qualidade do ensino;*
- IV - formação para o trabalho;*
- V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.*
- VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.*

¹⁵ Idem, 2003, p. 1975.

Além das metas Constitucionais, mais amplas e que devem servir de norte para o contínuo aperfeiçoamento do ensino, o Plano Nacional de Educação¹⁶ (MEC, 2011) em vigor instituiu metas específicas a serem cumpridas em prazos determinados, a saber:

Meta 1: Universalizar, até 2016, o atendimento escolar da população de 4 e 5 anos, e ampliar, até 2020, a oferta de Educação Infantil de forma a atender a 50% da população de até 3 anos.

Meta 2: Universalizar o ensino fundamental de nove anos para toda população de 6 a 14 anos.

Meta 3: Universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 a 17 anos e elevar, até 2020, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85%, nesta faixa etária.

Meta 4: Universalizar, para a população de 4 a 17 anos, o atendimento escolar aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino.

Meta 5: Alfabetizar todas as crianças até, no máximo, os oito anos de idade.

Meta 6: Oferecer Educação em tempo integral em 50% das escolas públicas de Educação Básica.

Meta 7: Atingir as seguintes médias nacionais para o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb):

Ideb	2011	2013	2015	2017	2019	2021
Anos iniciais do ensino fundamental	4,6	4,9	5,2	5,5	5,7	6,0
Anos finais do ensino fundamental	3,9	4,4	4,7	5,0	5,2	5,5
Ensino médio	3,7	3,9	4,3	4,7	5,0	5,2

Meta 8: Elevar a escolaridade média da população de 18 a 24 anos de modo a alcançar mínimo de 12 anos de estudo para as populações do campo, da região de menor escolaridade no País e dos 25% mais pobres, bem como igualar a escolaridade média entre negros e não negros, com vistas à redução da desigualdade educacional.

Meta 9: Elevar a taxa de alfabetização da população com 15 anos ou mais para 93,5% até 2015 e erradicar, até 2020, o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% a taxa de analfabetismo funcional

Meta 10: Oferecer, no mínimo, 25% das matrículas de Educação de Jovens e Adultos na forma integrada à Educação profissional nos anos finais do Ensino Fundamental e no Ensino Médio.

Meta 11: Duplicar as matrículas da Educação Profissional Técnica de nível médio, assegurando a qualidade da oferta.

Meta 12: Elevar a taxa bruta de matrícula na Educação Superior para 50% e a taxa líquida para 33% da população de 18 a 24 anos, assegurando a qualidade da oferta.

Meta 13: Elevar a qualidade da Educação Superior pela ampliação da atuação de mestres e doutores nas instituições de Educação Superior para 75%, no mínimo, do corpo docente em efetivo exercício, sendo, do total, 35% doutores.

¹⁶ MEC. *Todos Pela Educação*. Site Institucional. Disponível em <<http://www.todospelaeducacao.org.br/comunicacao-e-midia/noticias/12514/mec-divulga-plano-nacional-de-educacao-2011-2020>>. Acesso em 23/11/2011.

Meta 14: Elevar gradualmente o número de matrículas na pós-graduação stricto sensu de modo a atingir a titulação anual de 60 mil mestres e 25 mil doutores.

Meta 15: Garantir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que todos os professores da Educação Básica possuam formação específica de nível superior, obtida em curso de licenciatura na área de conhecimento em que atuam.

Meta 16: Formar 50% dos professores da Educação Básica em nível de pós-graduação lato e stricto sensu, garantir a todos formação continuada em sua área de atuação.

Meta 17: Valorizar o magistério público da Educação Básica a fim de aproximar o rendimento médio do profissional do magistério com mais de onze anos de escolaridade do rendimento médio dos demais profissionais com escolaridade equivalente.

Meta 18: Assegurar, no prazo de dois anos, a existência de planos de carreira para os profissionais do magistério em todos os sistemas de ensino.

Meta 19: Garantir, mediante lei específica aprovada no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a nomeação comissionada de diretores de escola vinculada a critérios técnicos de mérito e desempenho e à participação da comunidade escolar.

Meta 20: Ampliar progressivamente o investimento público em Educação até atingir, no mínimo, o patamar de 7% do produto interno bruto do País.

Enfim, as metas constitucionais a serem atingidas pelo Plano Nacional de Educação têm como objetivo a ampliação e o avanço da educação em todo o País, pois prioriza garantir o direito de ensino, tanto fundamental, técnico e superior.

CONCLUSÃO

A educação como um direito social, deve ser garantida pelo Estado a fim de promover o desenvolvimento do País, bem como, de seus cidadãos.

Afirmado por vários doutrinadores respeitáveis como sendo o primeiro e o mais importante de todos os direitos sociais estabelecidos, compreende-se a educação, de um modo geral, como valor de cidadania e de dignidade da pessoa humana, essenciais ao estado democrático de direito, a fim de construir uma sociedade totalmente livre, justa, desenvolvida com a extirpação da pobreza, da marginalização, bem como, da desigualdade social.

O que se percebe é que a evolução da legislação brasileira é uma vitória social, pois como sabemos a educação é de fato a força motriz do desenvolvimento econômico mundial.

Infelizmente, a realidade educacional do Brasil, necessita de várias modificações, apesar dos esforços homéricos dos educadores para superá-las e dos avanços da legislação pátria vigente. Há necessidades de ampliar o acesso à educação de todos e todas, além de

garantir sua qualidade, afinal, sabemos que o reconhecimento da instituição de ensino implica no correto andamento do desenvolvimento mundial.

Certamente, a escola/instituição deve estar consciente de que seu papel é totalmente social, devendo organizar-se de forma diferenciada em busca de caminhos para a superação de seus obstáculos. E ainda, deve estar sempre comprometida com a formação de cidadãos conscientes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 93.384, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5.v. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Franteira S. A., 1975.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito: Introdução ao Estudo do Direito**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MEC. **Todos Pela Educação**. Sítio Institucional. Disponível em <<http://www.todospelaeducacao.org.br/comunicacao-e-midia/noticias/12514/mec-divulga-plano-nacional-de-educacao-2011-2020>>. Acesso em 23/11/2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, A. L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1988

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

O COMPLIANCE DIGITAL COMO TECNOLOGIA DE GESTÃO

Ana Paula França Cavalari¹

RESUMO: O escopo do presente artigo é analisar o funcionamento da aplicação do programa de *compliance* digital aliado ao uso da tecnologia como forma de gestão dentro das organizações, para isso foram realizadas pesquisas por meio de uma revisão bibliográfica, tendo sido elaborado o presente estudo em duas partes, na primeira aborda a conceituação do termo *compliance*, tecnologia. Na segunda parte deste, há um aprofundamento no assunto da privacidade na sociedade informacional, lei geral de proteção de dados, *compliance digital*, como ferramenta de tecnologia de gestão, concluindo-se que em praticamente todos os aspectos internos das organizações o *compliance digital* torna-se ferramenta indispensável, uma vez que as Leis irão regular o funcionamento das novas tecnologias e o *compliance* irá verificar a conformidade dos procedimentos adotados em consonância ao que diz a legislação.

Palavras-chave: *Compliance*. Tecnologia. *Compliance* digital.

INTRODUÇÃO

É de notório conhecimento a inserção dos meios tecnológicos na rotina da sociedade.

Atualmente, todas as atividades que exercemos em nosso cotidiano apresentam relação ao meio digital. Redes sociais, informações de trabalho, acesso às informações financeiras, tudo isso fazemos em nosso dia a dia sem se quer ao menos perceber. Nessa rotina, diversos são os dados pessoais lançados por meio de aceite que tão rapidamente concedemos nos termos de uso e condições de aplicativos, visitação em sites.

Vista a essa exposição, e até vulnerabilidade desse meio digital, se faz necessário a existência de um programa de *compliance* efetivo, a fim de prevenir ou mitigar os riscos envolvendo vazamento, compartilhamento de dados, utilização dos mesmos de forma desmedida por parte das organizações e também prevenção a possíveis riscos de ciberataques.

¹ Advogada inscrita na OAB/RS 1130.30. Especialista em Compliance pela PUCRS. Aluna da Especialização em Direito Digital da UNIRITTER. Extensão em Compliance: Implementação, Gestão e Desenvolvimento pela UNISINOS. E-mail: anapaulacavalari.adv@gmail.com

As inúmeras reportagens envolvendo vazamento de dados por parte de grandes corporações evidenciam a necessidade de adoção de uma conduta ética, transparente e segura quanto a utilização, retenção dessa gama de informações por parte das organizações.

Nesse sentido, a tecnologia e as mudanças sociais apontam para um novo horizonte, no qual a informação pessoal, privacidade, tem de ser preservadas, evitando danos e prevenindo riscos, chamando a atenção dos operadores jurídicos a uma atuação baseada dentro de uma ética de responsabilidade, que evidencie o monitoramento das inovações tecnológicas, com segurança jurídica, utilizando o *compliance digital* como ferramenta de gestão para auxiliar nesse processo.

Assim, o presente artigo visa trazer os conceitos de *compliance*, tecnologias e regulamentação, além de uma aferição da importância da implementação de um programa de *compliance digital* como tecnologia de gestão eficiente da proteção de dados nas organizações, em conformidade com os apontamentos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

1 COMPLIANCE

As crescentes reportagens anunciando os escândalos de corrupção no Brasil intensificam a busca da sociedade por empresas confiáveis a demonstrarem credibilidade, bem como tenham ética e transparência em suas ações, fazendo com que se torne indispensável a adoção de mecanismos internos que possam prevenir e regular tais práticas, como a implantação de códigos, políticas e procedimentos internos.

A forma que este alinhamento é praticado comumente é composta por um programa de *compliance*, o qual deverá estar sincronizado com as suas regras internas, bem como regras externas.

A palavra *compliance* vem do verbo em inglês *to comply*, que significa “estar em conformidade”. É uma prática empresarial que impõe padrões internos para o cumprimento de normas, observância de leis e regulamentos internos e externos, formulação de diretrizes nacionais e internacionais. Tudo isto é imposto às atividades da instituição, com vistas a mitigar o risco atrelado à reputação e à regularização legal.²

²SAAVEDRA, Giovani. **Compliance na área da saúde**. São Paulo, 2016, p. 18.

No cenário brasileiro, os vexames cotidianos de corrupção revelaram a necessidade de criação de uma lei específica sobre corrupção. Desse modo, foi editada a Lei 12.846/2013³, qual foi nomeada como a “Lei Anticorrupção Brasileira”

Também foi editado o Decreto 8.420/2015, com a finalidade de regulamentar a Lei Anticorrupção, o qual previu a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Tendo em vista o Estado não conseguir acompanhar novas condutas fraudulentas e criminosas que surgem rotineiramente, há a necessidade de utilização e aproximação de mecanismos de Direito Privado, que auxiliem no combate à corrupção.⁴

O *compliance* é uma estratégia não apenas voltada a obter ganho de valor e competitividade em longo prazo, mas também contribui decisivamente para a própria sobrevivência da organização.⁵

De acordo com a Associação Brasileira dos Bancos Internacionais (ABBI) e a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) a função de *compliance*, aplicável às organizações em geral, possui o seguinte escopo:

Assegurar, quanto a: Leis – aderência e cumprimento; Princípios Éticos e Normas de Conduta – existência e observância; Regulamentos e Normas – implementação, aderência e atualização; Procedimentos e Controle Interno -existência e observância; Sistemas de Informações – implementação e funcionalidade; Planos de Contingencia – implementação e efetividade, por meio de testes periódicos; Segregação de funções – adequada implementação a fim de evitar o conflito de interesses; Relatório do sistema de controles internos (Gestão de compliance) – avaliação dos riscos e dos controles internos – elaboração com base nas informações obtidas junto às diversas áreas da instituição, visando apresentar a situação qualitativa do sistema de controles internos; Políticas Internas – que previnam problemas de não conformidade com leis e regulamentações.⁶

³ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁴FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção do Brasil:** estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35-37.

⁵LAMBOY, Christian Karl de. **Manual de compliance.** São Paulo. Instituto ARC, 2017, p. 9.

⁶FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Função de compliance.** Disponível em: <http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Vê-se, então, como imperiosa a necessidade das empresas em estarem em *compliance*, uma vez que caso assim não o façam, o custo a que estarão sujeitas sofrer incidência, poderão ser bem maiores.

O *compliance* também preserva a integridade civil e criminal dos proprietários, conselheiros, executivos, isto é, da alta gestão, pois previne erros de administração. Integrantes da alta administração podem responder criminalmente se qualquer um de seus empregados agir de forma fraudulenta, ainda que sem seu consentimento ou conhecimento.⁷

Além de ser um dever ético, que deve ser cumprido sem se esperar qualquer recompensa financeira, a atuação das organizações, em conformidade com as normas e melhores práticas traz vantagens para a comunidade, para economia, para o meio ambiente, ou seja, para o país como um todo.⁸

Assim, em face de todos os conceitos acima expostos, torna-se evidente que as organizações que atuam com ética e evitam conflitos jurídicos, processos judiciais, acabam por diminuir, portanto, os riscos legais e os custos. Também resta claro, não ser possível tratar da importância do *compliance*, sem falar de ética.

2 TECNOLOGIA

Desde o surgimento das primeiras sociedades até as complexas cidades pós-industriais, o homem vem seguindo em uma constante evolução.

Durante esse trajeto, a tecnologia ganhou significações e representações diversas, em um movimento de vai e vêm com a vida social. Em alguns momentos, esta é denominada, controlada e racionalizada pelas atividades científico-tecnológicas; em outras, é a tecnociência – interdisciplinaridade dos estudos entre ciência e tecnologia – sendo a ciência como conformação de um conjunto de preposições que expressam leis, e objetivo de valorações verossímeis sobre os eventos e objetos investigados, tem um particular endereço, qual seja, a formatação de um conhecimento capaz de manejar a realidade percebida, para, logo depois, transformá-la, replicá-la, relacioná-la com o social, o afetivo e emocional deles, o físico e o biológico e, ao fim e ao cabo, o biótico e o abiótico, tudo em estreita e

⁷LIPSKI, Andressa. **Compliance: código de ética e conduta e política anticorrupção**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. 2016. Disponível em: <https://tede.utp.br/jspui/Acesso> em 24 de abr. 2019.

⁸LAMBOY, Christian Karl de. **Manual de compliance**. São Paulo. Insituto ARC, 2017, p. 9.

indispensável relação, e a tecnologia, como conjunto complexo de técnicas de um domínio particular no espaço sociocultural, necessária a permanente reconstrução de sua concepção, de tal sorte que o sentido dos seus efeitos deve ser apurado em contextos sociais específicos, variáveis comportamentais no desenvolvimento de produtos e serviços, na organização das sociedades, nas relações de produção e consumo⁹ - que deve negociar e aceitar os ditames da sociedade.¹⁰

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, uma parte crescente da população ativa dos países desenvolvidos trabalhava no setor da gestão de serviços. Hoje, a maioria de nós produz, transforma ou propaga informação.¹¹

São diversas as conceituações de tecnologia. Em uma perspectiva mais superficial, o conceito de tecnologia pode ser aplicado a tudo aquilo que, não existindo na natureza, o ser humano inventa para expandir seus poderes, superar suas limitações físicas, tornar seu trabalho mais fácil e sua vida mais agradável. Além disso, tecnologia não é apenas instrumento, ferramenta ou equipamento tangível. Ela pode constituir-se por elementos tangíveis, como procedimentos, métodos, técnicas etc. Desta forma, ao falarmos em tecnologia, isso não significa, necessariamente, que estamos falando sobre tecnologias da informação e comunicação, embora a tendência nos dias atuais seja a de confundir tais termos, ou ainda tomá-los como sinônimos.¹²

3 TECNOLOGIAS NORMATIVAS

As transformações sociais catalisadas pela tecnologia marcam a sociedade contemporânea, que a utiliza como meio ou fundamento de suas identidades. Passamos de uma sociedade industrial, movida por complexas engrenagens, para uma sociedade impulsionada pela hiper-informação. O novo reconduziu o homem para horizontes inovadores, abandonando caminhos ultrapassados e que levaram o sujeito à diluída sociedade pós-moderna, já em desuso, e, também, superada pela tecnologia. Se a pós-

⁹MENDES, Gilmar. SARLET, Ingo Wolfgang, COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 94.

¹⁰LÉVY, Pierre. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2010.

¹¹LÉVY, Pierre. **A máquina universo: criação, cognição e cultura informática**. Porto Alegre: ArtMed, 1998, p. 16.

¹²VELOSO, Renato. **Tecnologia da informação e comunicação: desafios e perspectivas**. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 3.

modernidade, ainda que fundada em uma grande opacidade conceitual, demarcou o consumo, a desconexão do sujeito, do abandono do moderno e da transformação do tempo. Assim, atualmente podemos assumir que vivemos na sociedade do hiper.¹³

Não basta entender a tecnologia como propiciadora, meio ou fonte de trabalho é necessário compreender que a tecnologia é extensão do homem.¹⁴

A relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, na medida em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito¹⁵

O século em que vivemos já no transcurso de sua primeira década, tem suscitado inúmeras questões que exigem respostas eficientes do Direito. Nesse ambiente normativo, como de resto o da maioria das ciências, são desenhados padrões de comportamento e reações dos indivíduos, isoladamente ou nas suas relações sociais, em face dos inúmeros fatores que compõe o cenário onde permanecem e onde são compartilhados estímulos sociais, sentimentos e necessidades, sempre em determinadas circunstâncias. Nessa ambiência confrontam-se diferentes percepções da mesma realidade, inauguram-se complexas distensões semânticas e atribuem-se múltiplos significados aos fenômenos que são observados no constante tráfico das relações socioculturais de uma dada sociedade.¹⁶

O desenvolvimento tecnológico pressupõe um regime jurídico sobre a tecnologia desenvolvida nos mais diversos ambientes, no âmbito do Estado, do mercado e da sociedade, revelando-se no uso do poder de coação do Estado, na disciplina e na limitação das decisões dos agentes, bem como na intervenção e operação dos setores tecnológicos de qualquer tipo, tudo para garantir-lhes os investimentos necessários e promover o bem estar dos consumidores e usuários, de modo a alcançar o incremento da eficiência econômica e o suprimento das necessidades sociais.¹⁷

¹³MADALENA, Juliano. **Regulação das Fronteiras da Internet: Um Primeiro Passo Para Uma Teoria Geral do Direito Digital**. Revista dos Tribunais. vol.074/2016. pag. 81, dez. 2016.

¹⁴MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 60 – 61

¹⁵LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro. FGV. 2005. p.7

¹⁶MENDES, Gilmar. SARLET, Ingo Wolfgang, COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 87.

¹⁷MENDES, Gilmar. SARLET, Ingo Wolfgang, COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 96

O fato evidente é que a tecnologia e sociedade se interconectam, mas não caminham em sintonia: a primeira em sua estruturação hodierna, não é capaz de acompanhar o ritmo incessante da inovação, e problemas jurídicos surgem a partir disso.¹⁸

Muitas mudanças ocorreram no mundo após os escândalos trazidos à luz pelo ex agente da National Security Agency – NSA, Edward Snowden, especialmente quanto à espionagem praticada pelo governo norte-americano nos computadores de milhões de usuários ao redor planeta.¹⁹

No contexto jurídico brasileiro, não foi diferente, uma vez que a Lei 12.965²⁰ denominada como o Marco Civil da Internet – MCI, sobreveio no ano de 2014, ano seguinte do escândalo envolvendo Snowden. Mais recentemente, houve a criação da Lei 13.709/2018²¹, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados, posteriormente alterada pela Medida Provisória n. 869/2018.

Nesse sentido, a existência de regulamentações preliminares da Internet no país é de suma importância para a temática, direito e tecnologia, contudo, não esgotam o tema, uma vez que não são raros os exemplos de novas contingências e desafios à tutela jurídica de direitos fundamentais, ressaltando a necessidade de observação para a obtenção das necessárias respostas que a pesquisa jurídica a de dar a sociedade frente aos desafios desvelados pela tecnologia.²²

Desse modo, os programas de *compliance* se tornam cada vez mais comuns nas organizações, uma vez que as inovações tecnológicas acabam esbarrando em algumas legislações que não foram consideradas pelos seus criadores.²³

Logo, verifica-se que os programas de *compliance* tornam-se ferramentas indispensáveis para tecnologias existentes em ambientes corporativos, bem como resta

¹⁸ROZATTI, João Victor. FALEIROS JUNIOR. José Luiz de Moura. **Estudos Essenciais de Direito Digital**. 1 ed. Uberlândia. LAECC. 2019. p.311.

¹⁹PECK, Patricia. **Advocacia Digital**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 34

²⁰BRASIL. Lei n. 12.965 de abril de 2014. Dispõe sobre princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em 01 de jul. 2019

²¹BRASIL. Lei n. 13.709 de dispõe sobre proteção de dados pessoais no Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em 01 de jul. 2019

²²ROZATTI, João Victor. FALEIROS JUNIOR. José Luiz de Moura. **Estudos Essenciais de Direito Digital**. 1 ed. Uberlândia. LAECC. 2019. p.341.

²³MOREIRA, Esdras. **O que é Compliance. Entenda Sua Importância para a TI**. Disponível em: <http://introduceti.com.br/blog/o-que-e-compliance/> Acesso em 20 de jul. 2019.

evidenciada a necessidade de adequada utilização das ferramentas tecnológicas e dos recursos de TI, observando e preservando a ética e a cultura de atuação de uma organização.

4 COMPLIANCE DIGITAL E PROTEÇÃO DE DADOS

A transformação digital atingiu os diferentes setores corporativos em tal estágio no qual a tecnologia é usada para a reformulação de toda natureza de negócios.²⁴ A estrutura da empresa que deseja aderir à transformação digital precisa estimular a tomada de risco, incentivar a inovação e desenvolver ambiente de trabalho corporativo.²⁵

Atualmente os dados corporativos das organizações encontram-se armazenados em diferentes ambientes: servidores da empresa ou em nuvem, *notebooks*, celulares, *tablets*, *smartwatches*, *pendrives* e aplicações de Internet, corporativas ou muitas vezes particulares. Fato é que, nos dias atuais, *WhatsApp*, *Facebook* e *LinkedIn*, por exemplo, são ferramentas utilizadas, ao mesmo tempo, para marcar o jantar com a família e fechar grandes negócios.²⁶

Com o aumento da capacidade de processamento dos dados pelos computadores é que se observa o fenômeno da *Big Data*, ou seja, a capacidade computacional de obter e processar grande volume de dados. E com isso, a partir dela, vê-se o contexto da economia compartilhada e do capitalismo de vigilância, os quais se valem da mineração das informações produzidas pelos usuários de dispositivos computacionais para o possível fomento econômico dos dados.²⁷

O capitalismo de vigilância referido acima nada mais é senão a venda dos dados que fornecemos, em sua grande parte gratuitamente, às grandes empresas de tecnologia, como

²⁴NASCIMENTO, Fabio Antonio. **Os desafios do Processo de Transformação Digital: Um Estudo de Caso na Indústria Química. Tese de Dissertação de Mestrado.** INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo. 2018. p. 18. Disponível em <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/2155> Acesso em 04 de jul. 2019

²⁵NASCIMENTO, Fabio Antonio. **Os desafios do Processo de Transformação Digital: Um Estudo de Caso na Indústria Química. Tese de Dissertação de Mestrado.** INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo. 2018. p. 18. Disponível em <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/2155> Acesso em 04 de jul. 2019

²⁶JIMENE, Camila do Vale. VAINZOF, Roni. **Compliance digital para o seu Programa de Compliance.** E-book Gratuito. São Paulo. 2018. Disponível em <http://www.lecnews.com.br/blog/entenda-mais-sobre-compliance-digital/> Acesso em 07 de jul. 2019

²⁷SILVA, Fabiani Oliveira Borges. **A Responsabilidade do Compliance Officer na Proteção de Dados Pessoais.** Revista de Direito e Novas Tecnologias. vol. 3/2019 | Abr - Jun / 2019 | DTR\2019\35399

Google, Facebook, Apple e Amazon – os quatro maiores cavaleiros – e tantas outras.²⁸ Nas palavras de Pierre Lévy:

O volume de informações armazenadas cresce em ritmo acelerado e, portanto, os conhecimentos e habilidades necessários a entender a esfera da “tecnociência” igualmente evoluem na mesma velocidade, a ponto de não mais haver dissociação entre memória pessoal e saber, perante essa escala crescente de dados.²⁹

É a partir dessas considerações que se verifica a proporção que a proteção de dados tomou. Nesse sentido, observa-se a urgência no desenvolvimento de garantias legais à privacidade a partir das informações sobre monitoramento de cidadãos e governos revelados – por exemplo, por Edward Snowden no *Wikileaks* – bem como os grandes vazamentos e controle de temas, inclusive eleições – a exemplo disso o caso da empresa Cambridge Analytica, fazendo a sociedade se preocupar com o trânsito tão rápido de dados e, principalmente, com o destino e utilização dos mesmos.³⁰

A partir do caso Edward Snowden no *Wikileaks*, as revelações mostraram ao mundo como telemóveis, computadores e a Internet podem ser usados para controlar conversas, atividades e deslocamentos de cidadãos comuns até políticos mundiais, entre eles políticos brasileiros, como no caso do monitoramento de conversas da então na época Presidente Dilma Rousseff com seus principais assessores.³¹

Recentemente, o *Facebook* foi multado em 5 bilhões de dólares – aproximadamente 18,7 bilhões de reais – por ter violado as regras de privacidade de seus usuários no caso Cambridge Analytica. A multa, recorde no setor de tecnologia, coincide com a punição que a própria empresa tinha previsto em abril, quando apresentou seus resultados.³²

²⁸GALLOWAY, Scott. **Os quatro**. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017. p. 259.

²⁹LEVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**. Trad. Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014. p. 121.

³⁰SILVA, Fabiani Oliveira Borges. **A Responsabilidade do Compliance Officer na Proteção de Dados Pessoais**. Revista de Direito e Novas Tecnologias. vol. 3/2019 | Abr - Jun | 2019 DTR\2019\35399

³¹PEREIRA, João Pedro. **Snowden, o senhor que seguiu a Assange**. Disponível em <https://www.publico.pt/> Acesso em 06 de agosto de 2019.

³²POZZI, Sandro. **EUA multam Facebook em 5 bilhões de dólares por violar privacidade dos usuários**. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/12/economia/1562962870_283549.html Acesso em 21 de jul. 2019.

A atenção do legislador sobre a temática privacidade e proteção de dados dos usuários, se volta à proteção da privacidade daqueles, levando em consideração o expressivo aumento dos maiores *players* desse cenário, quais sejam, as empresas de tecnologia.³³

Nesse viés, muitas vezes representando um impedimento à inovação e novas tecnologias, a proteção e a privacidade de dados passam a ocupar o *status* de direito personalíssimo com a regulação europeia, que acabou delineando a Lei brasileira e de outros países.³⁴

Assim, a partir dos apontamentos trazidos tanto pelo GDPR quanto a LGPD no tocante ao regulamento da responsabilidade pelo tratamento, uso, coleta, armazenamento e transferência dos dados, se observa uma série de condutas a serem adotadas pelas organizações afim de que possam estar em conformidade com as normas.³⁵

Sob essa ótica, o *compliance digital* passar a receber máxima atenção, pois o dever de guarda e proteção dos dados envolve, pela norma vigente no Brasil, não apenas os dados digitais, mas os em meio físico também. Portanto, a conformidade não pode se limitar a banco de dados e arquivos digitais, devendo também atentar para arquivos físicos em papel ou em outro meio.³⁶

A implementação de um programa de *compliance*, impõe a observância de deveres de prevenção e análise de riscos, mediante adoção de uma cultura corporativa ética e transparente nas atividades organizacionais, mediante a identificação de funções e de responsabilidades, as quais também devem estar normatizadas e documentadas.³⁷

As responsabilidades devem ser claras e bem definidas para que cada área responsável pela gestão de riscos e controles conheça seus limites e obrigações na estrutura organizacional, pois é comum pessoas agirem da mesma forma e obterem resultados diferentes. Neste ponto, devem-se alinhar melhor os processos de gestão para que seja possível uns completarem os trabalhos dos outros.³⁸

³³SILVA, Fabiani Oliveira Borges. **A Responsabilidade do Compliance Officer na Proteção de Dados Pessoais**. Revista de Direito e Novas Tecnologias. vol. 3/2019 | Abr - Jun | 2019 DTR\2019\35399

³⁴BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018. pag.35

³⁵BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018. pag.66.

³⁶BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018. pag.13

³⁷ASSIS, Marcos. **Compliance: Como Implementar**. São Paulo. Trevisan Editora. 2018. pag. 91

³⁸ASSIS, Marcos. **Governança riscos e compliance**. São Paulo: Saint Paul, 2017. p. 84

Para a implementação de um programa de integridade utilizam-se alguns elementos, tais como a (a) criação e informação de um código de conduta, que defina a postura ética empresarial; (b) um canal de denúncias, que possibilite aos *stakeholders* denunciarem atos ilícitos, de forma anônima; (c) e a contratação de um *compliance officer*, o profissional que será responsável pela informação e fiscalização no cumprimento do programa de integridade.³⁹

O *compliance officer* é peça fundamental e indispensável para a efetividade, supervisão e gerenciamento do programa de *compliance* e para que ele atinja os seus objetivos na empresa. Ele é um agente promotor da integridade na organização, um gestor da integridade. Pode ser contratado pela própria organização, ou ser profissional terceirizado, ou até mesmo empresa terceirizada para desempenhar tais funções.⁴⁰

Nesta seara, os desafios da transformação digital mais as previsões do GDPR e LGPD tornam imprescindível a necessidade da existência do *compliance* como ferramenta tecnológica nos ambientes corporativos, uma vez que, por meio do acompanhamento dos mecanismos eletrônicos de trabalho, será possível analisar os riscos, bem como adotar medidas de prevenção para adequação às regras aplicáveis às tecnologias da informação, evitando danos que possam culminar na aplicação de multas e situações que possam pôr à prova a sua reputação e credibilidade sociais.⁴¹

4.1 Privacidade e proteção de dados nos meios eletrônicos

Nos últimos anos, as tecnologias se popularizaram e, com isso, há uma diminuição severa da esfera privada nas relações interpessoais com a constante necessidade de compartilhamento da vida própria e alheia por meio das redes sociais e pela Internet.⁴²

³⁹GLITZ, Gabriela Coelho. GULARTE, Caroline de Melo Lima. **Atualidades na Ciência Jurídica: Intercâmbio Iberoamericano**. Edições ISMAI N2i – Núcleo de Investigação do Instituto Politécnico da Maia. 1 ed. 2018. Disponível em http://www.emilianolandim.com.br/pdf/Livro_II%20CIDIGIN_Portugal.pdf Acesso em 22 de jul 2019

⁴⁰LAMBOY, Christian Karl de. **Manual de compliance**. São Paulo. Insituto ARC, 2017, p. 43.

⁴¹JIMENE, Camila do Vale. VAINZOF, Roni. **Compliance Digital para o seu Programa de Compliance**. E-book Gratuito. São Paulo. 2018. Disponível em <http://www.lecnews.com.br/blog/entenda-mais-sobre-compliance-digital/> Acesso em 07 de jul. 2019

⁴²RODRIGUES. Yuri Gonçalves dos Santos. FERREIRA, Keila Pacheco. **A Privacidade no Ambiente Virtual: Avanços e Insuficiências da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.(LEI 13.709/18)** Revista de Direito do Consumidor. vol. 122/2019. p. 181.abr. 2019.

Pensar na proteção dos dados pessoais dissociada do campo da Internet é algo inconcebível atualmente. A intensa circulação de dados pessoais se dá pela rede e pelos meios de comunicação de forma instantânea. Juntamente a inúmeras facilidades, o fenômeno trouxe consigo a falta de conhecimento acerca da forma como esses dados são geridos, captados e conservados, assim como quem os armazena, para quais fins são utilizados, qual o lapso temporal em que permanecem acessíveis, dentre várias outras nuances a seu respeito.⁴³

O início dos debates doutrinários sobre o direito à privacidade ocorreu como consequência da utilização de novas técnicas e instrumentos tecnológicos, que passaram a possibilitar o acesso e a divulgação de fatos relativos à esfera privada do indivíduo de forma anteriormente impensável.⁴⁴

Com o passar dos anos a privacidade ganhou notoriedade. Tudo começou na Europa no contexto após a Segunda Guerra Mundial quando os governos realizavam revistas nas residências das famílias, interceptações de correspondências, motivo pelo qual os cidadãos ficavam insatisfeitos com a situação. A partir desse cenário surgiu na Europa o conceito de privacidade, definido na primeira Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953, em seu artigo 8, o qual define o direito e o respeito pela vida privada e familiar.⁴⁵

Posteriormente, por intermédio da Convenção 108 de 1981 do Conselho da Europa, surgiu o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no âmbito da proteção de dados, o qual visa garantir a todas as pessoas singulares o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal.⁴⁶

Já no ano 2000 a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 8, item 1, refere que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhe digam respeito.⁴⁷

⁴³LUZ, Pedro Henrique Machado. LOUREIRO, Maria Fernanda Battaglin. **Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: Os Novos Desafios na Sociedade em Rede**. Revista de Direito da Universidade FUMEC. jan.2018. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5811> Acesso em 22 de jul. 2019.

⁴⁴MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de Um Novo Direito Fundamental**. São Paulo. Saraiva. 2014. pág.27.

⁴⁵Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em 20 de jul. 2019

⁴⁶Proteção de Dados Pessoais. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf Acesso em 20 de jul. 2019.

⁴⁷Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 20 de jul. 2019

Também são exemplos de primeira geração de normas no âmbito europeu as leis do Estado alemão de Hesse de 1970, a Lei de Dados da Suécia de 1973, o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz de 1974 e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha de 1977.⁴⁸

Nos EUA, surgiu nesse mesmo período o *FairCredit Reporting Act* de 1970, com foco na regulação dos relatórios de crédito dos consumidores, e o *Privacy Act* de 1974, aplicável à Administração Pública.⁴⁹

A Constituição brasileira dispõe no rol do artigo 5, inciso X, sobre o princípio da inviolabilidade à privacidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁵⁰

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou no rol do artigo 43, os bancos de dados e cadastros dos consumidores, observa-se a amplitude do dispositivo em questão, indo muito além, portanto, dos bancos de dados de informações negativas para fins de concessão de crédito.⁵¹

De acordo com o disposto no artigo 43, § 2º, do CDC, o consumidor deverá ser notificado da abertura de um banco de dados pessoais por ele não solicitado, ou seja, a legislação consumerista optou por conferir ao consumidor o direito de controlar os seus dados pessoais, bem como em estipular que o consumidor seja capaz de autodeterminar as suas informações pessoais.⁵²

A Lei n. 12.414/2011 disciplina a formação de banco de dados sob um conjunto de dados relativos às operações financeiras de adimplemento para fins de concessão de crédito, analisando não somente os dados relativos às dívidas não pagas, mas também informações que possam demonstrar dados positivos sobre a capacidade financeira e histórico de adimplemento do indivíduo. Daí porque a legislação foi denominada de “Cadastro Positivo”.⁵³

⁴⁸MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de Um Novo Direito Fundamental**. São Paulo. Saraiva. 2014. pág.30

⁴⁹MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de Um Novo Direito Fundamental**. São Paulo. Saraiva. 2014. pág.30

⁵⁰BRASIL. Constituição da República do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em 14 de jul. 2019.

⁵¹BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro. Forense. 2019 pag. 126

⁵²BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro. Forense. 2019 pag. 127

⁵³COSTA, Carlos Cleso Orcesi. **Cadastro Positivo: Lei n. 12.414/2011**. São Paulo. Saraiva, 2012. pag. 72

A nova legislação setorial acabou por trazer, de forma original e sistematizada, a orientação de que o titular dos dados pessoais deve ter o direito de gerenciá-los em muito mais do que a simples comunicação de abertura do banco de dados, como refere a legislação consumerista.⁵⁴

Importa ressaltar também que a referida lei consolida a evolução do conceito de autodeterminação informativa no nosso ordenamento jurídico ao estabelecer mecanismos de controle do indivíduo sobre os seus dados, atribuindo a ele o poder de decidir se tem interesse ou não em formar esse histórico e de decidir quando deseja cancelá-lo.⁵⁵

Sob tais premissas, importa referir o Marco Civil da Internet (MCI – 12.965/2014) pelo fato de ter como pilares fundamentais a neutralidade de rede, a liberdade de expressão e a proteção da privacidade.⁵⁶

O artigo 7 do MCI introduz princípios e obrigações relacionadas ao tratamento de dados pessoais na Internet, os quais incluem, por exemplo, o consentimento expresso do usuário para o tratamento de dados pessoais, bem como a possibilidade de titulares requererem a exclusão de seus dados pessoais fornecidos a provedor com o qual não mantém mais relação contratual.⁵⁷

Com efeito, verifica-se ao todo que os dispositivos fazem menção expressa à necessidade do consentimento do usuário para a coleta, uso, armazenamento e tratamento de seus dados pessoais, tal como para transferência a terceiros, sendo possível verificar a autodeterminação do cidadão para que ele, uma vez cientificado a respeito do fluxo de seus dados pessoais, possa controlá-lo por meio do consentimento. Essa ideia de controle atravessa desde a fase de coleta e compartilhamento dos dados com terceiros até o direito de deletá-los junto ao prestador de serviços e produtos de Internet ao término da relação.⁵⁸

Certo é que a proteção da privacidade na sociedade da informação deve ser garantida na proteção de dados pessoais, que nos permitirá entendê-la como forma de propiciar aos

⁵⁴BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro. Forense. 2019. pag. 129

⁵⁵MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de Um Novo Direito Fundamental**. São Paulo. Saraiva. 2014. pág.146

⁵⁶SOUZA, Carlos Affonso. LEMOS, Ronaldo. BOTTINO, Celina. **Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017. p. 19

⁵⁷SOUZA, Carlos Affonso. LEMOS, Ronaldo. BOTTINO, Celina. **Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017. p. 20

⁵⁸BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento** Rio de Janeiro. Forense. 2019. pag. 132.

indivíduos a construção e consolidação de esfera privada própria, distinta daquela ideia de garantia de isolamento social abordada e consolidada no conceito do direito de ser deixado só.⁵⁹

A Lei Geral de Proteção de Dados⁶⁰ anuncia como submetidos ao regulamento qualquer pessoa natural ou pessoa jurídica, de direito público ou privado, que realize algum tipo de operação de tratamento de dados. Nessas operações de tratamento estão incluídas a coleta, produção, recepção, classificação e processamento de dados pessoais. São excluídos da aplicação do tratamento de dados pessoais que forem feitos por pessoa física, para fins particulares e não comerciais ou dados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos e acadêmicos.⁶¹

Nesse contexto podemos dizer que os avanços tecnológicos e dos meios de comunicação em ambientes corporativos tornam inegável a essencialidade do uso das tecnologias, porém, a necessidade de adequação quanto a compreensão do que se trata a privacidade *online* e o tratamento de dados são indispensáveis nos ambientes corporativos, uma vez o compartilhamento de dados pessoais quando utilizados no intuito de prejudicar alguém, ou a própria organização podem trazer danos imensuráveis.⁶²

CONCLUSÃO

O presente artigo identificou os principais fatores relacionados com a importância da existência do *compliance digital* nas organizações, afinal, sua função essencial é a análise de riscos e a adoção de medidas preventivas para adequação das organizações às legislações aplicáveis às tecnologias da informação, segurança da informação e proteção de dados, cumprindo assim com o seu objetivo geral.

⁵⁹RODRIGUES, Yuri Gonçalves dos Santos. FERREIRA, Keila Pacheco. **A Privacidade no Ambiente Virtual: Avanços e Insuficiências da Lei Geral de Proteção de Dados**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 122/2019. pag.189. março. 2019

⁶⁰BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018. pag 25.

⁶¹BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018. pag 26.

⁶²LINHARES, Luis Carlos Oliveira. **A Inviolabilidade à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem): CF/88 X atual realidade**. Artigo. 2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60125/a-inviolabilidade-a-privacidade-intimidade-vida-privada-honra-e-imagem-cf-88-x-atual-realidade> Acesso em 14 de jul. 2019.

Cumprir destacar que a implantação do *compliance digital* por si só, não será suficiente à proteção da empresa, sendo necessária, ainda, a revisão periódica das políticas de controle e análises de riscos por meio de uma fiscalização efetiva.

A criação de políticas de *compliance digital* privilegiará para um ambiente corporativo mais seguro e eficiente, bem como para a construção de relações cristalinas com fornecedores e clientes.

Considerando a importância da reputação das organizações, independente do setor de atuação junto ao mercado, a possível exposição de falhas ou fraudes pode até causar o fechamento das portas, pois o dinheiro de certa forma é fácil de recompor, porém, o nome de uma organização manchado no mercado, é extremamente prejudicial, sendo que dificilmente a mesma conseguirá se elevar novamente.

Ainda, levando-se em consideração o uso contínuo das novas tecnologias em todos os setores da sociedade, o intenso e veloz tráfego de dados, tornam essencial que o olhar por parte das organizações se voltem especialmente ao tema segurança da informação, tratamento de dados, boas práticas de alinhamento ao que constar na legislação.

Por meio desta pesquisa, nota-se a importância de explorar mais o tema, a fim de expandir a implantação do *compliance digital* como tecnologia de gestão que resultará em diversos benefícios para as organizações, tais como: aumento de valor no mercado, melhoria no relacionamento com os clientes e acionistas, propagação de ética e cultura nas organizações. Também se notou que em praticamente todos os aspectos internos das organizações o *compliance digital* torna-se ferramenta indispensável, uma vez que as Leis irão regular o funcionamento das novas tecnologias e o *compliance* irá verificar a conformidade dos procedimentos adotados em consonância ao que diz a legislação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Edu Lima. **Tecnologias comunicacionais**. São Paulo, junho. 2009. Disponível em: <http://alveslima-edu.wikidot.com/tecnologias-comunicacionais>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ASSIS, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan, 2018.

_____. **Governança, riscos e compliance**. São Paulo: Saint Paul, 2017.

ASSIS, Rui. **O poder de direção do empregador: configuração geral e problemas actuais**. Coimbra: Coimbra, 2005.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. MALDONADO, Viviane. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. **Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07 ago. 2019.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. **Lei n. 12.965 de abril de 2014**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

CAVALCANTI, Gustavo Henrique de Vasconcellos. Validade jurídica das provas digitais no processo administrativo disciplinar. **Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU)**. Brasília, maio 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/29187>. Acesso em: 01 ago. 2019.

COIMBRA, Marcelo de; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo. Atlas, 2010.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Função de compliance**. São Paulo. Setembro.2008. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção do Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALLOWAY, Scott. **Os quatro**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017.

GLITZ, Gabriela Coelho. GULARTE, Caroline de Melo Lima. **Compliance digital e a Influência do Regulamento Europeu de Proteção de Dados nas Empresas Brasileiras**. In: ANJOS, Maria do Rosário. **Atualidades na ciência jurídica: intercâmbio iberoamericano**. Local: Editora, 2018. (Edições ISMAI N2i – Núcleo de Investigação do Instituto Politécnico da Maia). Disponível em: http://www.emilianolandim.com.br/pdf/Livro_II%20CIDIGIN_Portugal.pdf. Acesso em: 22 jul 2019.

JIMENE, Camila do Vale. VAINZOF, Roni. **Compliance digital para o seu programa de compliance**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/entenda-mais-sobre-compliance-digital/>. Acesso em 07 jul. 2019.

LAMBOY, Christian Karl de. **Manual de compliance**. São Paulo. Instituto ARC, 2017.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LÉVY, Pierre. **A máquina universo: criação, cognição e cultura informática**. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2010.

LINHARES, Luis Carlos Oliveira. **A inviolabilidade à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem): CF/88 X atual realidade**. Ceará, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60125/a-inviolabilidade-a-privacidade-intimidade-vida-privada-honra-e-imagem-cf-88-x-atual-realidade>. Acesso em: 14 jul. 2019.

LIPSKI, Andressa. **Compliance: código de ética e conduta e política anticorrupção**. 2016 Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. 2016. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/02/COMPLIANCE.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

LUZ, Pedro Henrique Machado; LOUREIRO, Maria Fernanda Battaglin. Privacidade e proteção de dados pessoais: os novos desafios na sociedade em rede. **Revista de Direito da Universidade FUMEC**, Belo Horizonte, v. 13, n. 01, p. 69-86, jan. 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5811>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, vol. 974/2016 | p. 81 – 110, dez, 2016 DTR\2016\24516

MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo. Saraiva. 2015.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Fabio Antonio. **Os desafios do processo de transformação digital:** um estudo de caso na indústria química. 2017. Dissertação de Mestrado em Direito – INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2018. Disponível em <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/2155>. Acesso em: 04 jul. 2019.

OLIVEIRA, Geveson de Souza. **Implantação da governança de TI para melhoria da segurança da informação e um provedor de serviços de TI.** São Paulo, set, 2018. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/tecnologia/governanca>. Acesso em: 06 ago. 2019.

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

PECK, Patricia. **Advocacia digital.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PEREIRA, João Pedro. **Snowden, o senhor que seguiu a Assange.** São Paulo, abril, 2019. Disponível em: <https://www.publico.pt/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

POZZI, Sandro. EUA multam Facebook em 5 bilhões de dólares por violar privacidade dos usuários. **El País.** Nova York, jul. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/12/economia/1562962870_283549.html. Acesso em: 21 jul. 2019.

PROTEÇÃO de Dados Pessoais. Bruxelas. Abril. 2019.. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

RODRIGUES, Yuri Gonçalves dos Santos. FERREIRA, Keila Pacheco. A privacidade no ambiente virtual: avanços e insuficiências da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, Uberlândia. vol. 122/2019 | p. 181 - 202 | Mar - Abr / 2019 | DTR\2019\27806

ROZATTI, João Victor. FALEIROS JUNIOR. José Luiz de Moura. **Estudos essenciais de direito digital.** Uberlândia: LAECC, 2019.

SAAVEDRA, Giovani. **Compliance na área da saúde.** São Paulo, 2016.

SILVA, Fabiani Oliveira Borges. A responsabilidade do compliance officer na proteção de dados pessoais. **Revista de Direito e Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 3, DTR/2019, p. 35399, abr./jun. 2019.

SOUZA, Carlos Affonso. LEMOS, Ronaldo. BOTTINO, Celina. **Marco Civil da Internet:** jurisprudência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

UNITED STATES. Department of Justice. **A resource guide to the FCPA U.S Foreign Corrupt Practices Act, 2012.** Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

VELOSO, Renato. **Tecnologia da informação e comunicação: desafios e perspectivas.** São Paulo. Saraiva, 2011.

WALKER, Maristela Rossa. **Conceito de ética.** Paraná, 2015. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/discover>. Acesso em: 06 maio 2019.

O PAPEL DAS CONFERÊNCIAS DAS MULHERES DA AMÉRICA LATINA E CARIBE PARA A CONQUISTA, PRESERVAÇÃO E AVANÇO DE DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Andréa Marta Vasconcellos Ritter¹

RESUMO: Há mais de 40 anos a América Latina e Caribe atuam juntos em prol das políticas e ações em favor da equidade de gênero, autonomia, desenvolvimento e sustentabilidade das mulheres. Este artigo dispõe sobre a importância das Conferências sobre as Mulheres da América Latina e Caribe, que são verdadeiros organismos vivos e traz a trajetória das treze Conferências, as conquistas, os avanços de direitos e das políticas públicas que buscam o desenvolvimento da Região uma vez que entendem que a força das mulheres é vital para que a América Latina e Caribe avancem rumo à prosperidade e aos objetivos da Agenda de Gênero e da Agenda 2030 de Desenvolvimento e Sustentabilidade. O objetivo é destacar o papel das Conferências, suas funções e as discussões e recomendações no trato dos direitos, das garantias e das diferenças de gênero, com os avanços e realimentação das Agendas. A pesquisa é documental e de caráter qualitativo, os documentos citados são que servem de base para as Conferências e que antes são articulados pelos governos, instituições, academia e sociedade civil, sendo referenciados em todas as Conferências como fundamentos jurídicos, contidos nas Agendas e principal eixo. A conclusão é que o papel das Conferências Regionais das Mulheres da América Latina e Caribe é de grande importância para a manutenção, fomento, evolução e cumprimento dos compromissos da Agenda de Gênero e da Agenda 2030, necessários para a garantia de direitos, bem como para o desenvolvimento, autonomia e sustentabilidade das mulheres, meninas e jovens que vivem na América Latina e Caribe, agentes principais que com autonomia, empoderamento e liberdade irão erradicar a desigualdade e a pobreza, desenvolvendo a Região. Não se trata apenas de uma Conferência, mas do principal fórum intergovernamental sobre os direitos das mulheres e a igualdade de gênero na Região e em conjunto com seus atos preparatórios é a principal arena de participação que reúne atores governamentais e não governamentais, na consecução de um objetivo comum e com mobilidade para além do ordenamento jurídico, eis que atinge a verdadeira cidadania.

Palavras-Chave: Conferência – Mulheres- América Latina – Direitos – Agendas

1. INTRODUÇÃO

A América Latina e Caribe há quatro décadas, diferente do resto do mundo, se reúnem para debate com o compromisso de erradicar a discriminação contra as mulheres e meninas além de avançar para a garantia do pleno exercício da autonomia e dos Direitos Humanos das mulheres, meninas e jovens.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC 1987) Advogada desde 1987 e sócia de Roque e Vasconcellos Advogados Associados ; Professora Universitária desde 1989; Bacharel em Relações Internacionais (UNIRITTER 2016) , Pós Graduação em Direito Público e Privado (UNIRITTER) e em Estratégias e Estudos Internacionais (UFRGS 2018) , Mestre em Direito das Relações Internacionais (UDE 2016) . OABRS 24.451

O embrião dessas reuniões foi em Havana, em 1928, com a Conferência Internacional de Mulheres da Organização dos Estados Americanos e da 1ª Conferência Mundial do ano Internacional da Mulher, no México em 1975. Estas Conferências constituíram as principais bases jurídicas para as Agendas de Direito que se especializaram, junto com as organizações intergovernamentais em Direitos Humanos das Mulheres e Igualdade de Gênero.

A trajetória das treze Conferências Regionais sobre a Mulher da América Latina e Caribe possibilita melhor entendimento sobre o papel e a importância das Conferências, os movimentos feministas, agendas e programas regionais para as mulheres, sendo de grande importância para a conquista, preservação e avanço dos direitos e das políticas públicas que possibilitam a autonomia, desenvolvimento e a sustentabilidade das mulheres na região em que vivem.

Cabe destacar que a autonomia está dividida em aspectos econômico, físico e tomada de decisão e estes são os principais vetores que guiam as ações e as políticas públicas em prol das mulheres, meninas e jovens, eis que autonomia é igual a liberdade que significa desenvolvimento sustentável com igualdade.

2. AS CONFERÊNCIAS REGIONAIS DAS MULHERES DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE

A I Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da América Latina, realizada em 1975, firmou declaração que a mulher não podia estar desvinculada do processo de desenvolvimento socioeconômico e reconheceu que a situação obstaculiza a plena utilização do potencial humano no processo de desenvolvimento, porque era necessário buscar meios de transformar as condições existentes na região.

As mulheres são essenciais para a transformação da região, pois desempenham papel importante para a liberdade nacional, fortalecimento da paz internacional, eliminação do colonialismo, neocolonialismo e imperialismo, ocupação estrangeira, dominação estrangeira, racismo, apartheid e todo o tipo de discriminação.

Tal transformação é necessária, já que a desigualdade, a discriminação afeta as mulheres em todo o mundo e os prejuízos são visíveis no baixo nível de educação das

mulheres e os problemas são manifestados e relacionados ao desenvolvimento que é resultado de estruturas inadequadas e sistema econômico mundialmente injusto e precário.

Para a real integração das mulheres é necessárias medidas executadas pelos governos, pela sociedade civil e pelas mulheres que deverão participar ativamente de todas as ações e programas, em todos os níveis utilizando e criando os meios e mecanismos apropriados².

A VI Conferência Regional sobre a integração da mulher em desenvolvimento econômico e social da América Latina, realizada em Mar Del Plata, em 1994, trouxe o Programa de Ação Regional para as mulheres da América Latina e Caribe 1995 – 2001.

A década de 1990 trouxe avanços nos planos econômicos, mas também pobreza, crise da dívida, programas de ajustes estruturais ditados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e foram afetados serviços de saúde, educação e habitação.

Persistia a desigualdade social, falta de oportunidades, bem como de acesso aos empregos e os conteúdos que reforçavam os aspectos sexistas, estereotipados, deturpados e debilitados da mulher.

O Consenso de Santiago de 1997 foi aprovado na VII Conferência Regional sobre a Integração da Mulher na Economia e Sociedade da América Latina e houve o fortalecimento de mecanismos nacionais para o desenvolvimento da mulher na região e vários países adotaram planos para promover a igualdade de oportunidade para as mulheres, além de medidas para erradicar a pobreza que incluem a participação das mulheres nos processos de tomada de decisão e no poder.

Considerou aquele fórum que a igualdade de acesso ao poder implica em igualdade de recursos e igualdade de uso do tempo e que a igualdade se alcança com autonomia.

O Consenso de Lima, aprovado no ano 2000, na VIII Conferência sobre a Mulher da América Latina e Caribe, trouxe a necessidade de acelerar e aprofundar os avanços e enfrentar os obstáculos provocados pelas persistências das políticas e práticas culturais que tomam em consideração a perspectiva de gênero e aceitam a iniquidade.

A prioridade é a erradicação da pobreza e considerar a justiça social com a apresentação paritária da mulher na vida política, assim como o acesso desta à cidadania plena, bem como ao acesso em todos os espaços, públicos e privados.

² Comissão Econômica para a América Latina e Caribe - CEPAL (1975)

A IX Conferencia Regional sobre a Mulher da América Latina e Caribe, aprovou o Consenso do México de 2004 e considerou as contribuições dos movimentos de mulheres e o desenvolvimento de políticas públicas com a perspectiva de gênero, levando em conta a diversidade étnica racial e gerencial e o desenvolvimento de mecanismos para a atenção das mulheres, meninas e jovens em todos os níveis, pois importante à contribuição da mulher para a redução da pobreza e fortalecimento da democracia.

Após três anos houve a aprovação do Consenso de Quito na XV Conferência Regional das Mulheres da América Latina e Caribe, que reconheceu o valor social econômico do trabalho doméstico não remunerado e também o trabalho agrícola que é substancialmente realizado pelas mulheres.

Também houve a tomada de decisão pela garantia e proteção dos Direitos Humanos, incluindo direitos sexuais e de reprodução, bem como medidas de qualidade de vida das mulheres em todas as etapas, especialmente na terceira idade. Dentre as medidas constou a prevenção e o combate de todas as formas de violência contra as mulheres, meninas e jovens, bem como as causas básicas.

No ano de 2010, em Brasília, foi aprovado o Consenso de Brasília, sendo referendado na XI Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e Caribe, tendo por marco a igualdade de gênero com ênfase na autonomia e empoderamento econômico das mulheres.

A Conferência de 2010 abordou os trabalhos não remunerados, contágios ambientais, a conservação da biodiversidade e a necessidade de acelerar programas alimentares, energéticos e financeiros, sistemas de segurança e a sustentabilidade, constando também, que a América do Sul e Caribe são regiões com mais desigualdades do mundo, com situações de gênero agudas, que não há prazo para as alterações culturais, de gênero e etnias.

O Consenso de Santo Domingo em 2013, aprovado pela XII Conferência, trouxe nova agenda para desenvolvimento após 2015 com a busca de novas formas e modelos de desenvolvimento e novas formas para aplicar as políticas de gênero.

O novo século trouxe as oportunidades da economia digital, projetos de inovação e acesso ao uso de tecnologias informática e comunicação, sendo a autonomia das mulheres essencial para a garantia dos direitos humanos, da liberdade, capacidade e direitos de tomar decisões e participação dos ambientes econômico, social e político.

A XIII Conferência Regional das Mulheres da América Latina e Caribe ocorreu em 2016, em Montevideu, tendo aprovado Resolução para a execução da Agenda 2030 para o

desenvolvimento sustentável e o Consenso de Montevideu sobre população e desenvolvimento.

Pretende a *Estratégia de Montevideu* alcançar a igualdade de gênero até 2030 e a o documento aprovado pela Conferência compreende 10 eixos para a execução da agenda regional de gênero com 74 medidas, englobando todos os compromissos assumidos pelos governos da América Latina e Caribe com os direitos e a autonomia das mulheres, a igualdade de gênero, desde 1975, eis que cada documento referenda as decisões tomadas nos Consensos e Conferências anteriores.

Trata-se de igualdade de Estado e direito, institucionalidade, políticas multidimensionais e integrais de igualdade de gênero, participação popular e cidadã, democratização da política da sociedade, construção e fortalecimento das capacidades estatais: gestão pública, financiamento mobilização de recursos suficientes e sustentáveis para a igualdade de gênero e sua execução contribuirá para a sustentabilidade das políticas setoriais e transversais orientadas para eliminar as desigualdades e garantir os direitos efetivos e estão em sintonia com a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, aprovada em 2015 pela comunidade internacional.

A partir da XII Conferência Regional das Mulheres da América Latina e Caribe ocorreu a execução da estratégia regionalizada orientada para o cumprimento efetivo dos diferentes compromissos e acordos regionais sobre a mulher assumidos pelos Governos na Agenda Regional de Gênero para a América Latina e Caribe em sintonia com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Para a formulação da Estratégia de Montevideu ocorreram reuniões governamentais que envolveram os governos da região e reuniões sub-regionais com grande abrangência de Instituições e membros da Sociedade Civil.

O processo de consulta foi diferenciado e contou com a contribuição das mulheres, das diversas redes e outros membros da sociedade civil, bem como com integrantes do Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) e autoridades e após reuniões com especialistas e centro acadêmicos, sendo então finalizada a versão encaminhada para a discussão pela XIII Conferência³.

³ Consoante Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 2017.

A Estratégia de Montevideu dispõe sobre o compromisso político regional que abrange os objetivos orientadores para a plena execução dos Acordos da Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe e assegurar a orientação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável no âmbito regional, sob o olhar da igualdade de gênero, autonomia e direitos humanos das mulheres².

Consoante o documento, a Estratégia é um dos instrumentos político-técnicos para a execução e fortalecimento de políticas pública multidisciplinar e integral para a garantia dos direitos humanos e autonomia das mulheres, alcançando a América do Sul e o Caribe.

Para interagir e cumprir com os compromissos das Agendas de Gênero e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe tem mandato para até 2030 convocar 04 (quatro) Conferências (2019, 2022, 2025 e 2028) que são convocadas com espaço de 03 (três) anos.

As Conferências deverão apresentar a Estratégia de Montevideu e avançar no cumprimento das metas das Agendas de gênero e dos objetivos de desenvolvimento sustentável a fim de garantir os direitos humanos, autonomia das mulheres e evoluir para a consecução do desenvolvimento sustentável.

A XIV Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe foi realizada no Chile, em Santiago, no mês de janeiro de 2020, conduzida pela a CEPAL, com o apoio da ONU Mulheres e o tema escolhido foi a autonomia das mulheres na mudança de cenários econômicos, sendo que tal Conferência será também, um marco importante para os avanços, experiências, desafios em relação à situação das mulheres.

Dentre outros temas inovadores e repetitivos, face a situação econômica em que se encontra a região, houve a discussão sobre a revolução digital para a inclusão das mulheres que não tem renda própria e o necessário diálogo e a análise das diferenças de gênero incluídas em outros eventos e arenas.

O grandioso e histórico evento contou com 36 Delegados, 14 Agencias e Fundos, 11 Organismos Internacionais e 365 integrantes da Sociedade Civil e é o espaço único de encontro dos Estados, Sociedade e Organismos em um só lugar, sendo visível a diferença para Havana onde se viu vários homens e agora se vê mulheres e homens que querem a igualdade, término da violência e dos feminicídios⁴.

⁴ Pesquisado em [youtube.com/watch?v=R7U307QbDZY](https://www.youtube.com/watch?v=R7U307QbDZY), em 10/01/2020.

A Conferência de Santiago analisou o modo que as mulheres são segmentadas, os setores inovadores que podem, por causa da revolução digital, gerar empregos e também, tratar sobre a migração de mulheres na região e a economia do atendimento que impacta na vida das mulheres e que é denominada “cuidatoriado” sendo uma classe política e é composta por quem cumpre prestar para quem no sistema não quer.

Neste ponto, cabe trazer que o trabalho não remunerado corresponde ao equivalente a 22% do PIB e no mundo há velhos, doentes e pessoas com incapacidades e com o aumento de tais pessoas, sem considerar as crianças e trabalhos caseiros, tal percentual certamente irá aumentar⁵.

Necessário refletir para pensar o mundo que se quer estar, mas no dizer de ⁶Dúran, investigadora de estudos de ciências sociais na Espanha, o cuidatoriado não deve ser como o proletariado no sentido econômico, porque grande parte do trabalho não se vende e não tem relação com as mercancias e a vida requer esgotamento para algo novo existir.

O momento é importante para discutir a situação que é da generalidade das mulheres e de diferentes mulheres e tomar decisões para superar a estagnação econômica na região, pois se as mulheres não intervierem na economia a região não irá crescer uma vez que sem autonomia não haverá liberdade para as mulheres.

Importante o financiamento para a igualdade e este requer mecanismos inovadores e que também os governos consigam investir, pois a mulher tem o potencial para gerar o desenvolvimento, mas os Estados devem politicamente se comprometer e concretamente ampliar as ações em prol das mulheres.

A autonomia, a igualdade das mulheres irá transformar a região e a forma de pensar a economia e se a região não cresce, há urgência de políticas públicas que reconheçam a igualdade das mulheres e as empoderem com políticas integrais.

De outra banda, o momento também é importante para as diferentes agendas regionais e mundiais sobre a igualdade de gênero e das mulheres, pois há a comemoração dos 40 anos da Conferência sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e dos 25 anos da 4ª Conferência Mundial sobre a mulher- Ação para a igualdade, desenvolvimento e paz⁷.

⁵ Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 2019

⁶ Pesquisado em [youtube.com/watch?v=R7U307QbDZY](https://www.youtube.com/watch?v=R7U307QbDZY) em 08/01/2020.

⁷ [HTTP://www.onumulheres.org.br/noticias](http://www.onumulheres.org.br/noticias) acesso em 31/01/20

O papel da Conferência, é sobremaneira acelerar os compromissos urgentes da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, pois há desafios de cenários econômicos, de mudança devido às transformações econômicas, tecnológicas, demográfica e climática.

A região cresce menos e por consequência, crescem as desigualdades o que aumenta a pobreza e é necessário redobrar os esforços para cumprir e controlar os compromissos assumidos.

A partir da trajetória das Conferências e para melhor compreensão, cabe trazer que a Conferência Regional das Mulheres da América Latina e Caribe, órgão subsidiário da CEPAL, é um fórum de negociação de Agendas que traz o compromisso dos governos da América Latina e Caribe com os direitos e a autonomia das mulheres aprovados nas reuniões das Conferências Regionais.⁸ Vasta é a base jurídica protetora dos direitos, eis que a Agenda de Gênero reforça, articula e complementa a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979) bem como de Direitos das Crianças (1989); ONU contra a discriminação transnacional organizada (2000) que visa reprimir o tráfico de mulheres e crianças e ilícito de imigrantes por terra, ar e mar; Convenção sobre s Direitos da Pessoa Deficiente (2006), Convenções da OIT; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994); Convenção Interamericana contra o racismo, discriminação racial e formas conexas de intolerância (2013); Convenção Internacional de proteção do Direito dos Idosos (2015).

Como se infere são normas jurídicas internacionais para a proteção, respeito e garantia dos Direitos Humanos das mulheres, meninas e jovens, sendo que a Agenda, por ser um instrumento aberto, também reafirma os compromissos com o determinado pelas Conferências Mundiais em especial a 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995) e a Conferência Mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância (2001); Conferência sobre financiamento de 2007; Conferência dos Povos Indígenas (2007); Programa de atividades da década dos Afrodescendentes (2015-2014).

A Agenda Regional de Gênero, em 2015 foi ao encontro da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e os seus objetivos para o desenvolvimento sustentável e claro

⁸ [HTTP://www.conferenciamujer.cepal.org/14/es](http://www.conferenciamujer.cepal.org/14/es) acesso em 08.01.2020.

estão os compromissos com os eixos da política pública, igualdade de gênero e autonomia das mulheres e a execução destes objetivos⁹

Em tais Agendas, no tocante às políticas públicas e autonomia os enfoques são: Igualdade de Gênero, Direito Humano das Mulheres; Democracia Participativa, representação, participação, laicidade e inclusão, primando a Agenda pela interseccionalidade e a interculturalidade.

Importante para a autonomia das mulheres a presença na XIV Conferência das Mulheres da América Latina e Caribe, os painéis temáticos que envolveram globalização e igualdade de gênero, revolução digital, economia do cuidado e mudança climática e tais temas são de vital importância para um trabalho conjunto, pluridimensional, multilateral, eis que impossível pensar em autonomia das mulheres sem ser no todo dos aspectos e problemas que envolvem a América Latina e o Caribe.

A Agenda 2030 trouxe uma Declaração de que os Estados têm a responsabilidade de proteger e promover os Direitos Humanos, reconhecendo que a consequência da igualdade entre gênero e o empoderamento das mulheres contribuem de forma decisiva para o programa em todos os objetivos e metas devendo ser os compromissos estendidos e as ações articuladas com os compromissos já assumidos das agendas¹⁰.

A Conferência, como se disse, é órgão subsidiário da CEPAL composta por autoridades de Alto Nível encarregadas dos temas relacionado aos direitos e situação das mulheres, bem como das políticas dirigidas para garantir a equidade de gênero na região, sendo organizadas a cada 3 anos, mas para tanto, há duas reuniões sub-regionais preparatórias, duas anuais da Mesa Diretiva e duas especializadas em temas para implementação dos programas de ação regional e da Plataforma de Ação de Beijing.

Foi fundada para trabalho em conjunto pelos países da região, sendo fundamental as experiências, práticas e o aprendizado mútuo, bem como também é tarefa a elaboração de recomendações conjuntas identificando a situação regional e sub-regional em relação à autonomia e direito das mulheres, meninas e jovens.

A realização de uma Conferência importa em uma série de atos, pois um processo que necessária a participação popular e das mulheres para que a Conferência cumpra sua

⁹ Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 2019

¹⁰ Consoante Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 2019.

função e a atribuição de construir, fomentar e manter assegurados direitos e políticas públicas para a autonomia, desenvolvimento e sustentabilidade das mulheres.

Para a realização de cada Conferência há um movimento articulado que promove a mobilização dos Estados que fazem parte da América Latina e Caribe, envolvendo o governo, as organizações internacionais, a sociedade civil, as redes, os programas, os projetos e as mulheres que devem ser as principais nas tomadas de decisão nas Conferências.

O momento de mobilização é importante para que os protagonistas tenham acesso às informações e se articulem para preparar as discussões, sendo necessária a capacidade para o fim de equilibrar as discussões, experiências e os debates anteriores à tomada de decisão¹¹.

Por este motivo que antes das Conferências há palestras, eventos, reuniões preparatórias e de Alto Nível em que a temática das palestras é discutida e protagonizar uma Conferência é organizar-se politicamente e ir além, em cidadania, eis que as Conferências são espaços democráticos de discussão e articulação coletiva, em torno de direitos, garantias, propostas, medidas, estratégias de organização, concretude de resultados e controle.

Apresenta o fórum recomendações sobre políticas públicas e experiências de igualdade de gênero e realiza avaliação e controle periódico da Agenda e de atividades em conformidade com os Acordos Internacionais e Regionais.

Há profundo envolvimento dos participantes de debates e estabelece uma avença para buscar prioridades e metas na Conferência que como espaço deliberativo, busca portar experiências, consolidar direitos, garantias e propostas de novas diretrizes, políticas e avanços nos direitos das mulheres, como por exemplo, a prevenção, punição e a erradicação de toda e qualquer forma de violência.

Sendo o espaço coletivo e de participação efetiva é possível afirmar que as Conferências também influenciaram e são influenciadas por Conferências de diversas áreas e especialmente sobre as mulheres, mas certo que as normas jurídicas são criadas, inseridas e formadoras de Agenda e que refletem a influência em várias políticas públicas sobre as mulheres, meninas e jovens, bem como sobre os temas da Agenda 2030.

¹¹ Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 2019

Assim, a Estratégia de Montevideu, bem como o documento tema de discussão da XIV Conferência e a Resolução proveniente desta, já fazem parte da Agenda de Gênero que está em intersecção com a Agenda 2030 e são recebidos pelo mundo jurídico.

Desta forma, os Estados que fazem parte da região devem levar em consideração o que foi estabelecido nestes fóruns de discussão que proporcionam a elaboração de documentos de orientação e propostas de ação governamental com a pretensão de garantir todos os direitos humanos para as mulheres, meninas e jovens, proporcionando a autonomia, desenvolvimento e a sustentabilidade.

Nestes mais de 40 anos houve o amadurecimento e a concretização de conceitos provocados pelas Conferências e o estabelecimento de políticas públicas que são praticados e controlados pelas agendas, autoridades e pela sociedade civil, sendo incorporado como Direito.

Ao final do fórum, a XIV Conferência das Mulheres da América Latina e Caribe em sessão plenária, aprovou por aclamação o Compromisso de Santiago que em linhas básicas traz a vontade política, formas de financiamento e pacto de todos, para a aceleração de todos os Estados para o cumprimento com a Agenda Regional de Gênero¹².

Importante transcrever trecho que revela que a Conferência é um organismo vivo e assim, o Compromisso “ Estabelece tomar todas as medidas necessárias para acelerar a implementação efetiva da Plataforma de Ação de Pequim e a Agenda Regional de gênero, fortalecendo a Institucionalização e a arquitetura de gênero através da hierarquia de mecanismos para o avanço das mulheres e a incorporação da perspectiva de gênero nos diferentes níveis do Estado¹³.

O Compromisso também dispõe sobre 48 pontos e merece destaque os acordos para erradicar a violência de gênero, conceder acesso universal a serviços de saúde abrangentes, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutivos, promover a participação de todas as mulheres nas áreas da ciência, tecnologia, engenharia e matemática , implementar políticas e programas que contribuam para o envelhecimento saudável e ativo, que incluam a perspectiva de gênero, reduzir diferença salarial e aumentar a representatividade das

¹² [HTTP//www.youtube.com/watch?v=R7U307QbDZ7](http://www.youtube.com/watch?v=R7U307QbDZ7) , acesso em 31/01/2020

¹³ [HTTP//www.conferenciamujer.cepal.org/14/documentos/compromiso-santiago](http://www.conferenciamujer.cepal.org/14/documentos/compromiso-santiago).

mulheres nos processos de tomada de decisão, a fim de assegurar a democracia de paridade entre outros.

Apenas este elenco de pontos revela que o existente na região é realidade e não ficção e de extrema importância fomentar as Agendas com as experiências dos Estados, reflexões da comunidade acadêmica e da sociedade civil, com a contribuição valorosa da CEPAL.

3. CONCLUSÕES

A análise sobre a trajetória das Conferências Regionais das Mulheres da América latina e Caribe desempenha um papel importantíssimo de democracia e participação enviando para uma visão sobre o papel da mulher na sociedade e nas relações de poder, cabendo referir que por vezes não institucionalizado e outras, manifestado através de movimentos, conferências ou da importante participação popular no planejamento, execução e controle das políticas de Estado e governo.

As Conferências mostram, ainda, que há desigualdade e que esta desigualdade é problema estrutural dos países e que aumentou com a precariedade e injustiça dos ciclos econômicos, fluxos migratórios, mudanças climáticas e com a revolução digital, mas de outra banda, as mulheres estão em postos elevados na *highpolitics*; que o empoderamento está promovendo a visibilidade e a autonomia para as mulheres gerenciarem seus destinos e o destino dos Estados.

São importantes as funções e efeitos estruturais, pois o reflexo está além das esferas privadas e públicas, isto é, os efeitos produzidos na família e nas instituições transcendem para toda a região da América Latina e Caribe trazendo igualdade, autonomia, desenvolvimento e sustentabilidade, mas necessário, respostas concretas governamentais para lograr resultados transcendentales.

Considerando a democracia, a participação e a representação, bem como o controle das Agendas, bem se vê a importância do papel das Conferências na atuação dos Estados em conjunto com vistas ao bem-estar social e indo em direção do desenvolvimento, da sustentabilidade e da cidadania.

O olhar deve ser coletivo e as políticas públicas devem ter efeito e sentido para os diferentes tipos de mulheres e lugares, sendo vital o respeito aos pactos e compromissos para que a política pública seja realidade e com debates internos.

O papel das Conferências como organismos vivos e ao mesmo tempo arenas intergovernamentais está no espaço que valora, prioriza e compromete, as políticas estatais que se mantêm e avançam, sendo fórum que fala, compromete, preocupa e emociona, expressando a inquietude de demandas potentes e vibrantes.

As Conferências dão palavra, escutam movimentos de mulheres que constroem direitos e normas e o falar feminino tem a concepção de um mundo de solidariedade e igualdade que reconhece injustiças e buscam a autonomia, o caráter plural, dialógico e igualitário que reconhece as diferenças.

Há ainda desafios muitos desafios para superar no tocante às diferenças de sexo, trabalho, injustiças sociais, organização social do cuidado, feminicídio, violências, pobreza e a elaboração das políticas públicas deve reconhecer a contribuição das mulheres para o crescimento e desenvolvimento da região.

O melhor legado é a autonomia e a emancipação das mulheres, meninas e jovens e muitas não devem pagar as contas de um passado e é necessário lutar pelo todo que irá transformar as condições para um futuro possível com a autonomia das mulheres promovendo um desenvolvimento sustentável, com liberdade e paz.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO ECONOMICA PARA AMERICA LATINA E CARIBE (CEPAL). **Sustentabilidade política, técnica e financeira dos mecanismos para o desenvolvimento das mulheres. XXXIX reunião da mesa diretiva.** Acesso em: 12 de maio de 2016.

COMISSÃO ECONOMICA PARA AMERICA LATINA E CARIBE (CEPAL) **El aporte de las mujeres y La igualdad em America Latina y Caribe. X Conferencia Regional sobre a Mulher na América Latina.** 2007.

COMISSÃO ECONOMICA PARA AMERICA LATINA E CARIBE (CEPAL). **40 anos de Agenda Regional de Gênero.** 2015.

COMISSÃO ECONOMICA PARA AMERICA LATINA E CARIBE (CEPAL). **Autonomia das Mulheres e igualdade na Agenda de desenvolvimento sustentável.** 2015.

COMISSÃO ECONOMICA PARA AMERICA LATINA E CARIBE (CEPAL) **Estrategia de Montevideo para la implementación de la Agenda Regional de Género em el marco del desarrollo sostenible hacia 2030.** 2017.

COMISSÃO ECONOMICA PARA AMERICA LATINA E CARIBE (CEPAL). **La autonomia de las mujeres em escenarios econômicos cambiantes.** 2019.

XIV Regional Conference on Women in Latin America and the Caribbean, disponível em [Conferenciamujer.cepal.org/14/ES/noticias/Chile-acogera-principal-foto-intergubernamental-derechos-mujeres-la-igualdad-genero-la](https://conferenciamujer.cepal.org/14/ES/noticias/Chile-acogera-principal-foto-intergubernamental-derechos-mujeres-la-igualdad-genero-la). Acesso em: 30 dez. 2019.

PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE APROBARON EL COMPROMISO DE SANTIAGO QUE BUSCA ACELERAR ESFUERZOS PARA CUMPLIR LA AGENDA REGIONAL DE GÉNERO, DISPONÍVEL EM [CONFERENCIAMUJER.CEPAL.ORG/14/ES](https://conferenciamujer.cepal.org/14/ES) Acesso em: 31 de jan. 2020.

ONU Mulheres apoia o programa “Mais Mulheres na Política” disponível em [Onumulheres.org.br//noticias](https://onumulheres.org.br/noticias) Acesso em: 31 de jan. 2020

Conferencia regional e debates sobre as mulheres na América Latina, disponível em [Youtube.com/watch?v=R7U307QbDZY](https://www.youtube.com/watch?v=R7U307QbDZY) Acesso em: 31 de jan. 2020.

DA (IN) APLICABILIDADE DA PRECLUSÃO NO DIREITO DE TRÂNSITO E SUAS REPERCUSSÕES PRÁTICAS

*Andréia Scheffer*¹

*Elenita Bentz*²

Resumo: O presente estudo versa sobre o tema da preclusão no Direito de Trânsito, realizado através de pesquisas bibliográficas, normativas e jurisprudenciais. Propõe uma abordagem acerca do conceito e espécies de preclusão consoante o Código de Processo Civil/2015 de modo a refletir a (in) aplicabilidade da Preclusão no Direito de Trânsito ante à legislação e normativas específicas.

Palavras-chave: Preclusão – Direito de Trânsito – Penalidades – Prescrição - Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Recentemente o tema da preclusão tem tomado espaço de discussão em tribunais, colégios e turmas recursais de diversos estados da federação no que toca ao Direito de Trânsito, especialmente quando iniciado cumprimento ou cumprida penalidades de suspensão ou de cassação do direito de dirigir.

É cediço que o tema da preclusão no Direito de Trânsito tem desencadeado vários efeitos nas decisões judiciais, bem como, impossibilitando o cidadão de suscitar determinadas matérias disponíveis.

Muitas decisões judiciais, motivam a preclusão, não acolhendo a inconformidade processual em relação ao defeito formal/material alegado, sob a alegação da própria prática de ato incompatível com o interesse de demandar em juízo.

Nesse sentido, será abordado o tema da preclusão, sua definição, conceito e espécies, nos termos do Código de Processo Civil/2015, análise da Doutrina e normativas específicas

¹ OAB/RS nº 86.812. Presidente da Comissão Especial de Direito do Trânsito da OAB/RS e Membro da Comissão Especial de Direito do Trânsito do Conselho Federal da OAB. E-mail: andrea.scheffer@gmail.com

² Advogada inscrita na OAB/RS nº 93.396. Vice-presidente da Comissão Especial de Direito do Trânsito da OAB/RS. Coordenadora e idealizadora da Comissão Mista de Direito do Trânsito do RS. E-mail: elenitabentz@gmail.com

com a devida e necessária interpretação constitucional, bem como a apresentação de Jurisprudências, envidando promover a melhor compreensão do tema.

O objetivo do presente trabalho não é encerrar a discussão da temática, muito ao contrário, se pretende propor o início do diálogo doutrinário em âmbito nacional, a fim de evitar o perecimento do direito e a insegurança jurídica.

1. CONCEITO E ESPÉCIES DE PRECLUSÃO

A Lei nº 9.503 de 23/09/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro - CTB, não traz em seu bojo, nenhum dispositivo legal sobre a aplicação da Preclusão no Direito de Trânsito Brasileiro. Logo, a respeitável Lei Especial, carece de disciplina específica, sendo-lhe aplicada por analogia, o Novo Código de Processo Civil/2015³.

O conceito de preclusão, se encontra no brilhante ensinamento de José Miguel Garcia Medina⁴:

Preclusão é expressão empregada, em direito processual, para se indicar que a oportunidade de se realizar determinado ato processual se passou, e a ela não se pode mais retornar. Não é necessária uma sanção punitiva, embora muitas vezes seja assim designada pela lei, especialmente quando ligada à extinção de uma faculdade processual [...]⁵.

Logo, a preclusão envolve a ideia de que algo se passou, ou se fechou⁶, e não pode mais ser praticado no processo. Não pode mais ser suscitado, restando superado a questão que a envolve.

O vocábulo “preclusão” na definição do Dicionário Jurídico Especial de Afonso Celso F. Rezende⁷, se define quando for perdida uma faculdade processual, ou seja, o direito estará precluso pelo não-exercício de uma determinada atividade na ordem legal ou por uma ação com ela incompatível.

³ BRASIL. 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/113105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵ MEDINA, op. cit., p.309.

⁶ Idem, ibidem, p.309.

⁷ REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário jurídico especial**. Leme: J. H. Mizuno, 2009.

Define Fredie Didier Jr.⁸ que o instituto é antigo e “etimologicamente, em suas origens latinas, preclusão advém de *preclusio*, mais especificamente do verbo *praecludere*, que significa fechar, tapar, proibir, vedar”⁹.

Nesse passo, explica Arnaldo Rizzardo¹⁰, que:

[...] a preclusão restringe-se à perda ou à extinção de uma faculdade processual, não mais se permitindo que se pratique ou renove o ato, com o que o processo segue o normal desenvolvimento, até chegar ao objetivo final, que é a concretização do direito reclamado. Comumente, acontece no curso do processo judicial, quando a parte não recorre da sentença no prazo indicado, ou deixa de contestar, ou de falar sobre documentos juntados no lapso concedido na intimação.¹¹ (Grifo nosso)

Por sua vez, leciona Yussef Said Cahali¹² que “a preclusão não se prende somente à expiração de um termo, mas pode derivar da prática de um ato incompatível com aquele que se deva praticar; ao passo que a decadência fulmina a ação, entendida como um todo único, a preclusão fulmina somente as atividades (atos) isoladas ou faculdades, nas quais se manifesta a ação durante o processo”¹³.

Na definição de José Miguel Garcia Medina, a preclusão vai além da extinção de uma faculdade processual, pois, ultrapassa-se uma etapa, uma fase, ou momento em que se pode discutir sobre uma questão e, segue-se em frente com o processo. A preclusão é um fenômeno que alcança o processo objetivamente¹⁴.

O Novo Código de Processo Civil/2015¹⁵, elenca previsões sobre a preclusão, como por exemplo, nos dispositivos abaixo:

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: v.1. 12.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.291.

⁹ DIDIER JR., op. cit., p.291.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo; FILHO, Arnaldo Rizzardo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e decadência**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹¹ RIZZARDO, op. cit., p.48.

¹² CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹³ CAHALI, op. cit., p.33.

¹⁴ MEDINA, op. cit., p.309.

¹⁵ BRASIL. 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/113105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

No entanto, importante ressaltar, que há assuntos em que não se opera a preclusão¹⁶. Por exemplo, as matérias de ordem pública, que podem ser suscitadas, em qualquer momento processual, seja pelas partes, seja pelo juízo, ou, mesmo que ainda na esfera administrativa.

Seguindo o estudo, temos que as espécies de preclusão são as seguintes: a) temporal; b) Lógica; e c) Consumativa.

Evidencia-se a *Preclusão Temporal*, pelo não exercício do ato no prazo legal¹⁷. Consiste na “perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão”¹⁸.

Para a maioria dos doutrinadores, a preclusão temporal é reconhecida como um fenômeno decorrente do desrespeito pelas partes dos prazos próprios e preclusivos, ocorrendo, a título de exemplificação, quando a parte não oferece contestação ou recurso dentro do prazo legal¹⁹.

Já a *Preclusão Lógica*, caracteriza-se pela incompatibilidade do ato, relacionado a outro já praticado²⁰. É “a perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Advém, assim, da prática de ato incompatível com o exercício da faculdade/poder processual”²¹.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva²², a preclusão lógica trata-se “da impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”²³.

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.836.

¹⁷ REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário jurídico especial**. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p.321.

¹⁸ DIDIER JR., op. cit., p.295.

¹⁹ Idem. Ibidem.

²⁰ REZENDE, op. cit., p.321.

²¹ DIDIER JR., op. cit., p.296.

²² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v.1, p.209.

²³ SILVA, op. cit., p.209.

Por sua vez, a *Preclusão Consumativa* ocorre quando por fato já resolvido e praticado de maneira válida. Aqui, exemplifica-se o disposto no Art. 278 do Código de Processo Civil/2015²⁴. Assemelha-se à prescrição, porém não lhe é sinônima²⁵.

Logo, a preclusão consumativa, consiste na “perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. Observa-se quando já se consumou a faculdade/poder processual”²⁶.

Ainda nesse ponto, cita-se como exemplo, quando a parte oferece a sua contestação ou interpõe recurso de apelação no quinto dia do prazo (frisa-se que os prazos nesse caso são de 15 dias úteis), contudo, esquece de descrever um argumento importante; como já exerceu e consumou sua faculdade de recorrer, não pode nos 10 dias subsequentes do prazo, corrigir ou melhorar a contestação ou o recurso interposto²⁷.

Em suma, a preclusão é a perda de um direito, de um prazo ou de uma faculdade legal ou processual que não foi exercitada dentro do tempo prefixado. A (in) aplicabilidade do instituto da preclusão no Direito de Trânsito, é o tema que se passa a analisar.

2. DA (IN) APLICABILIDADE DA PRECLUSÃO NO DIREITO DE TRÂNSITO

Para analisarmos a aplicabilidade ou não do instituto da preclusão no Direito de Trânsito é imprescindível compreender a sistemática punitiva deste microsistema jurídico e em que condições o judiciário tem, por vezes, amparado decisões em tal argumento.

O artigo 256 do Código de Trânsito Brasileiro elenca seis modalidades (vigentes) de penalidades que podem ser aplicadas aos condutores ou proprietários por transgressão as normas estabelecidas na mesma codificação, são elas:

- I - advertência por escrito;
- II - multa;
- III - suspensão do direito de dirigir;
- ~~IV - apreensão do veículo;~~ (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016)
- V - cassação da Carteira Nacional de Habilitação;
- VI - cassação da Permissão para Dirigir;
- VII - frequência obrigatória em curso de reciclagem.

²⁴ Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

²⁵ FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário jurídico de bolso**: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense. Atualizado por Alencar Frederico. 19.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009, p.196.

²⁶ DIDIER JR., op. cit., p.297.

²⁷ Idem. Ibidem.

No que toca à penalidade de natureza pecuniária, a multa, o Superior Tribunal de Justiça pacificou em 2010 o entendimento que o seu cumprimento (pagamento) não inibe a discussão judicial deste débito, editando o enunciado de Súmula nº. 434²⁸.

A discussão sobre a aplicabilidade ou não da preclusão versa diretamente quanto às penalidades que cerceiam o direito de dirigir dos condutores, suspensão e cassação do documento de habilitação, eis que penalidades de cunho eminentemente temporal, ou seja, a dúvida é se àquele condutor que esteja cumprindo uma destas penalidades ou àquele que já as tenha cumprido na integralidade aplicar-se-ia a preclusão lógica ou consumativa, respectivamente.

Se o cumprimento da penalidade de multa não inibe a discussão judicial, não há razão plausível que leve a compreensão de que o cumprimento das penalidades de suspensão ou cassação impeça o ajuizamento de processo visando arguição de nulidades ocorridas no âmbito administrativo.

Os argumentos que, teoricamente subsidiam a aplicação, não encontram sequer acolhimento constitucional, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal garante que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isto é, independentemente do início ou do cumprimento integral da penalidade no âmbito administrativo, é inadmissível conceber a negativa de amparo jurisdicional.

De outra feita, equivocada analogia ao Art. 1.000 do Código de Processo Civil²⁹ já que o cumprimento da penalidade se dá no âmbito administrativo e não depende da aceitação do condutor penalizado, nem expressa, nem tacitamente.

A Resolução nº. 723 do Conselho Nacional de Trânsito estabelece em seu artigo 16 que a data de início do cumprimento da penalidade será fixada e anotada no Registro Nacional de Carteira de Habilitação (RENACH), isto significa dizer que o cumprimento independe da concordância, aceite, voluntariedade ou até mesmo da notificação válida deste condutor³⁰.

²⁸ Súmula 434 - O pagamento da multa por infração de trânsito não inibe a discussão judicial do débito. Data da Publicação - DJ-e 13-5-2010

²⁹ Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

³⁰ Explicamos: não é incomum que o condutor seja notificado pela via de publicação de edital, circunstância que não assegura a efetiva ciência do penalizado.

Desde novembro de 2017, com a vigência da Deliberação CONTRAN nº 163 (normativa que antecedeu a Resolução 723/2018), é dispensada a entrega da Carteira Nacional de Habilitação para fins de início de cumprimento da penalidade, ausente, portanto, a prática de qualquer ato voluntário incompatível com sua pretensão de discutir a penalidade no judiciário.

Importa dizer que, mesmo nos casos onde o condutor entrega sua CNH no órgão competente, não há voluntariedade, eis que tal ato deriva diretamente da notificação recebida com conteúdo claramente coercitivo. Antes da alteração normativa apontada, a notificação de imposição de penalidade ou de julgamento trazia como dever de o condutor proceder com a entrega do documento sob pena de incidir em crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal.

Portanto, independentemente da norma vigente à época do fato, não há higidez no entendimento da existência de voluntariedade ou prática de ato incompatível, inaplicável por consequência, o artigo 1.000 do CPC.

Aplicável, todavia, o artigo 10 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, razão pela qual, antes de proferir decisão de aplicação de quaisquer das espécies de preclusão, mister se faz a intimação prévia das partes, inclusive em nome do direito constitucional de pleno e amplo exercício do contraditório.

Sob outra ótica, a Lei 9.873/1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, bem como a Resolução 723 do CONTRAN regulam o lapso temporal para discussão administrativa ou judicial de questões atinentes às infrações de trânsito. Não cabe, portanto, ao judiciário definir prazos de prescrição ou decadência do direito a ser postulado.

Destarte, vimos que, seja pela ótica constitucional, processual ou ante especificidade das normas reguladoras no Direito de Trânsito, descabe a aplicabilidade da preclusão lógica ou consumativa.

3. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ATUALIZADOS

As Turmas Recursais da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul, órgão precursor da aplicação do instituto da preclusão nas situações já referidas, revisaram recentemente o entendimento, afastando incidência da preclusão para o ajuizamento de ação judicial visando a discussão da nulidade do ato administrativo, conforme decisões abaixo colacionadas:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DETRAN/RS - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRANSITO. PLEITO DE SUSPENSÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. REQUISITOS DA TUTELA PROVISÓRIA PREENCHIDOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. Para a concessão da tutela de urgência, é necessário que existam elementos que evidenciem a probabilidade do direito e a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme prevê o art. 300 do CPC/2015. Inicialmente, no julgamento da Reclamação nº 70081378598, a Câmara da Função Delegada dos Tribunais Superiores no Tribunal de Justiça do Estado, **em observância à Súmula nº 434 do STJ, e dos precedentes daquela Corte Superior que ensejaram a edição da súmula, afastou a incidência de preclusão para o ajuizamento de ação judicial para discussão da nulidade do ato administrativo, mesmo que já cumprida a penalidade imposta pela autoridade de trânsito. Dessa forma, resta insubsistente o fundamento da preclusão para discussão do PSDD/PCDD adotado para julgar indeferir o pedido, impondo-se a análise das alegações da parte autora.** No caso em tela, verifica-se a existência de elementos que evidenciam a probabilidade do direito, pois as notificações do Auto de Infração de Trânsito (NAIT) e Imposição da Penalidade (NIP) foram remetidas para o proprietário de veículo e não para o condutor, devidamente identificado, conforme determina o art. 257, §3º, e art. 282, ambos, do CTB. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.(Agravado de Instrumento, Nº 71008936312, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em: 06-11-2019). (Grifo nosso)

Ementa: RECURSO INOMINADO. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. DETRAN/RS. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONDUTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS TURMAS RECURSAIS FAZENDÁRIAS. **PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. Não há, de acordo com a decisão da Reclamação nº 70081378598 do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, preclusão do direito de discutir, na via judicial, as nulidades dos autos de infração de trânsito quando já ocorreu o cumprimento, ou o início do cumprimento da penalidade administrativa.** Ressalvo meu entendimento pessoal no sentido de que a responsabilidade legal pelo pagamento da multa referente à infração cometida pelo condutor é exclusiva do proprietário do veículo, nos termos do § 3º do art. 282 do CTB, motivo pelo qual a ele são enviadas as notificações (NAIT e NIP). Porém, conforme entendimento predominante nesta Primeira Turma Recursal da Fazenda, a ausência de notificação do condutor caracteriza cerceamento de defesa. Assim, a fim de evitar a divergência e primando pelo princípio do colegiado, adoto o posicionamento majoritário desta Turma Recursal. RECURSO INOMINADO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível, Nº 71008418774, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em: 31-10-2019). (Grifo nosso)

Conforme se observa, a revisão do entendimento se deu em virtude do julgamento da Reclamação nº 70081378598 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 21 de agosto de 2019, onde restou reconhecida a aplicação da Súmula 434 do STJ também no que toca às demais penalidades elencadas no artigo 256 do Código de Trânsito Brasileiro.

Entretanto, outros Tribunais vêm mantendo a equivocada aplicabilidade da preclusão lógica ou consumativa em matéria de trânsito, vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA- BLOQUEIO DE CNH DECORRENTE DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR - SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA – HIPÓTESE EM QUE O IMPETRANTE, ANTERIORMENTE À PROLAÇÃO DA R. SENTENÇA, COMPARECEU ESPONTANEAMENTE AO DETRAN PARA ENTREGAR A CNH E INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENALIDADE - PRECLUSÃO LÓGICA QUE RESULTA NA PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL DE AGIR E RECURSAL NOS TERMOS DO ART. 485, VI, CPC – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO DECRETADA, DE OFÍCIO- SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA MANTIDA POR FUNDAMENTO DISTINTO- RECURSO PREJUDICADO. (TJSP; Apelação Cível 1057345-49.2017.8.26.0053; Relator (a): Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/01/2019; Data de Registro: 04/02/2019).

Exemplificando a problemática da equivocada aplicação da preclusão lógica nos casos onde se deu o início do cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir, colacionamos decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, como se percebe, contrária ao texto constitucional e demais normativas apresentadas neste breve arrazoado.

CONCLUSÃO

Um trabalho pensado na advocacia, uma busca que transcende conceitos teóricos, a pretensão aqui é tentar entender o que os estudos da teoria significam no mundo prático. Os conceitos abordados já foram tratados por doutrinadores de alto gabarito, e a pretensão não é inovar no campo conceitual do instituto da preclusão, é sim, refletir quanto a sua aplicação prática, especialmente quanto a sua aplicação no Direito de Trânsito.

Como vimos ao longo do presente trabalho, tanto a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, o Código de Trânsito Brasileiro, a Lei nº. 9873/1999, bem como a Resolução 723 do Conselho Nacional de Trânsito nos concedem elementos suficientes para

formação da convicção sobre a inaplicabilidade da preclusão lógica ou consumativa no Direito de Trânsito.

Há de se considerar uma afronta ao direito constitucional do cidadão em socorrer-se do amparo jurisdicional quando da existência de nulidades no processo administrativo.

Igualmente indiscutível a ofensa a Súmula 434 do Superior Tribunal de Justiça, eis que se o cumprimento de uma penalidade (multa), não inibe a discussão judicial, o cumprimento das penalidades de suspensão ou cassação do direito de dirigir, previstas no mesmo artigo do Código de Trânsito Brasileiro, não podem ter sua apreciação cerceada.

Então cabe a nós, na qualidade de advogados, evitar o vilipêndio das garantias constitucionais e evitar condutas arbitrárias decorrentes desta má interpretação a aplicação das normativas.

Cabe a nós sermos diligentes e atuantes. Cabe ao profissional do direito de trânsito manter-se constantemente atualizado, aprimorando sua capacidade técnica e argumentativa. Arbitrariedades existiram, existem e sempre existirão, é inerente ao ser humano aproveitar-se de aberturas normativas ou interpretativas para fazer vigorar suas pretensões, por vezes não legítimas.

Não é nos escondendo atrás de muros fictícios que estaremos protegendo o Direito! É nos expondo, clarificando as ideias, racionalizando e ponderando as possibilidades que estaremos, de fato, primando pela tão clamada JUSTIÇA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. 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/13105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. **Resolução CONTRAN nº 723, de 06 de fevereiro de 2018**. Disponível em: <<https://infraestrutura.gov.br/images/Resolucoes/Resolucao7232018.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: v.1. 12.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário jurídico de bolso**: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense. Atualizado por Alencar Frederico. 19.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009.

LEITE, Gisele; CRUZ, Ramiro Luiz Pereira da. Apontamentos sobre a preclusão no direito processual brasileiro vigente. **Jornal Jurid.**05 fev. 2018. Disponível em: << <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/apontamentos-sobre-a-preclusao-no-direito-processual-brasileiro-vigente>>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário jurídico especial**. Leme: J. H. Mizuno, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº. 71008936312**. Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em: 06-11-2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71008936312&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 13 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº. 71008418774**. Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em: 31-10-2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71008418774&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 13 nov. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo; FILHO, Arnaldo Rizzardo; RIZZARDO, Carine Ardisson. **Prescrição e decadência**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Relator (a): Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/01/2019; Data de Registro: 04/02/2019. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 13 nov. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1057345-49.2017.8.26.0053**. Relator (a): Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/01/2019; Data de Registro: 04/02/2019). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12171872&cdForo=0>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 434**. PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 13/05/2010). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ABORTO EM ALTO MAR E A POSSIBILIDADE LEGAL DE ATUAÇÃO DA WOMAN ON WAVES NA COSTA BRASILEIRA: O DIREITO DA MULHER VERSUS A SOBERANIA ESTATAL

*Andressa Soccol¹
Josiane Petry Faria²*

RESUMO: O artigo se dedica ao estudo do aborto, o qual na legislação brasileira, é considerado crime contra a vida. Centra seus esforços no questionamento se mulheres que abortam em alto mar, abordo de navio estrangeiro, podem ser responsabilizadas criminalmente. Investiga também se a atuação da ONG Holandesa *Woman on Waves* na costa brasileira pode ser considerada incitação ao crime. De acordo com a lei penal internacional o aborto praticado em alto mar não pode ser punível, pois a doze milhas da costa brasileira, predomina a bandeira na qual o barco é registrado. No caso da ONG, a bandeira o é da Holanda, país em que o aborto é legalizado desde 1976. Assim, por meio do método dedutivo de abordagem, se reflexiona sobre o poder da soberania dos Estados em decidir sobre a vida da mulher, sobretudo em um momento histórico onde a luta por igualdade de direitos no Brasil se torna cada dia mais visível. Sabe-se da presença de um conflito entre princípios e direitos fundamentais, todavia se reconhece, na mesma medida, a ausência de hierarquia entre eles. Dessa forma, emerge a necessidade de repensar as relações de poder e submissão presentes, a fim de assegurar a abertura do debate em plataforma crítica e contemporânea, viabilizando o reequilíbrio de forças e a tutela das mulheres, esquecidas e vilipendiadas ao longo da historiografia.

Palavra-Chave: Aborto; Alto mar; Direitos da mulher; Soberania estatal.

INTRODUÇÃO

O artigo questiona a legalidade e, portanto, a possibilidade ou não de criminalizar o aborto praticado em alto mar e o direito das mulheres em relação à soberania do Estado. Para tanto, se vale do método dedutivo de abordagem esse utiliza, exclusivamente, de literatura produzida por homens, a fim de desconstruir o mito de que o tema do aborto é de interesse feminino apenas.

¹ Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; pesquisadora do Projeto de Pesquisa Dimensões do Poder Gênero e Diversidade. E-mail: andressafsoccol@gmail.com

² Advogada, inscrita na OAB/RS sob o n. 50.138, vice-presidente da Comissão da Mulher Advogada da OAB/Subseção Passo Fundo. Professora Titular da Faculdade de Direito, atuando na Graduação, Pós-graduação e Mestrado, da Universidade de Passo Fundo, coordenadora do Programa de Extensão Projur Mulher e Diversidade, Coordenadora do Projeto de Pesquisa Dimensões do Poder, gênero e diversidade. Possui Pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio Grande. E-mail: jfaria@upf.br

O tema se delimita na análise crítica da soberania estatal gente o direito da mulher; a territorialidade da lei penal e a liberdade dos mares; o aborto no Brasil; a atuação do legislativo e do judiciário e, por fim a finalidade e atividades da ONG *Woman on Waves*.

Parte-se da premissa que a mulher deixou de ser vista somente como um ser que procria. Hoje desenvolve diversas tarefas, dentre elas existe a possibilidade da maternidade. Assim, como o direito ao voto e o direito ao trabalho remunerado, a maternidade é uma opção e não uma imposição.

O aborto é a interrupção da gravidez, que pode ser espontâneo ou induzido. No Brasil a legislação permite que seja realizado apenas em casos de estupro, risco à vida da mãe ou anencefalia do feto. Apesar disso, o aborto envolve questões morais, éticas, religiosas e outras que tornam o assunto complexo e polêmico. Complexidade essa aumentada se traz à tona a ONG *Woman on Waves*, em sua tradução literal conhecida como Mulheres sobre as Ondas, busca ajudar mulheres de todo mundo a abortarem de forma segura e sem qualquer penalidade, o que produz o conflito jurídico objeto deste estudo.

1 A SOBERANIA ESTATAL *versus* O DIREITO DA MULHER

Inicialmente, para se falar em soberania é necessário conhecer o conceito de Estado, isso porque, como se sabe, a soberania é um dos elementos constitutivos do Estado, juntamente com o povo, território e o governo. Para a ciência política o Estado pode ser compreendido como “a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”³. Já os juristas internacionais oferecem outras definições, por exemplo Hildebrando Accioly⁴ define o Estado como “o agrupamento humano, estabelecido permanentemente num território determinado e sob governo independente”.

Nesse sentido, o próprio conceito de soberania é algo que vem sendo discutido e reformulado, principalmente em relações internacionais. Marcelo Pupe Braga⁵, classifica três direitos que os Estados revelavam a existência de soberania: “o direito de celebrar tratados (*jus tractum*), o direito de enviar e receber representantes diplomáticos (*jus*

³AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 32.

⁴ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**, 2. Ed. p. 231-232.

⁵BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 92.

legationis) e o direito de fazer guerra (*jus belli*)”. O mesmo autor, estabelece a soberania como:

A soberania atualmente consiste no poder que o Estado tem de impor a ordem no plano interno, no limite do seu território, assim como na capacidade que ele tem de manter relações internacionais, em pé de igualdade, com os demais membros da sociedade internacional. O Estado é, portanto, identificado quando o seu governo não se sujeita a qualquer outra entidade que lhe seja superior e não reconhece poder maior em si próprio. Quer isto dizer, que esse governo é autônomo e independente em relação aos demais da sociedade internacional, não porque suas competências são limitadas, mas antes porque nenhuma outra entidade de ordem jurídica internacional possui competências superiores as suas. Em hipótese alguma isso pode significar que o Estado possa se libertar das normas de direito internacional. Em verdade, o Estado só é soberano caso se submeta, direta e imediatamente, ao direito internacional.⁶

Em relação ao Brasil, foi possível notar uma considerável mudança no perfil adotado nas relações internacionais e no processo de internalização dos instrumentos internacionais voltados à proteção dos Direitos Humanos, bem como os direitos das mulheres. Observe-se que ratificou atos internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1984); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995); e o Protocolo facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002), todos estes com objetivos ligados a proteção dos direitos das mulheres.

Com essas pode-se notar uma pequena evolução no campo dos direitos, pois na prática nada evoluiu no respeito às mulheres. Movimentos feministas buscam ressaltar o real significado da palavra feminismo que para muitos é considerado o oposto de machismo, mas o feminismo busca a igualdade de direitos, já o machismo é uma forma de superioridade do homem, sobre a mulher e o femismo reproduzindo o mesmo modelo discursivo excludente e de dominação, sustenta a superioridade da mulher. Nessa linha, Luís Roberto Barroso⁷, destaca que:

Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito a diversidade e a identidade de grupos sociais minoritários. É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação afirmativa em favor de

⁶ BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 92

⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.275.

grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento de uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outro.

A mulher, assim como os demais grupos minoritários⁸ sofrem com a escalda do preconceito, por sua vez, a vida humana e o direito de vivê-la adequadamente trata-se de garantia básica inerente a qualquer situação, motivo que leva à ampla regulamentação internacional das condições essenciais para a sua garantia. Assim, uma mitigação da soberania não se confunde com o enfraquecimento ou substituição, da soberania estatal, mas mostra-se como importante forma de promover a aplicação dos direitos internacionais protetivos aos Direitos Humanos.

2 A TERRITORIALIDADE DA LEI PENAL E A LIBERDADE DOS MARES

Avançando na abordagem do tema central do artigo importante mencionar a amplitude de competência da legislação penal. Assim, o primeiro documento legal a ser analisado é a convenção sobre o alto mar (Genebra, 1958)⁹, a qual define em seu artigo 2º o seguinte:

Estando o alto mar aberto a todas as nações, nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte dele à sua soberania. A liberdade do alto mar exerce-se nas condições determinadas nos presentes artigos e nas outras regras do direito internacional. Ela comporta, nomeadamente, para os Estados com ou sem litoral: 1) A liberdade de navegação; 2) A liberdade de pesca; 3) A liberdade de colocar cabos e oleodutos submarinos; 4) A liberdade de sobrevoar. Estas liberdades, assim como as outras liberdades reconhecidas pelos princípios gerais do direito internacional, são exercidas por todos os Estados, tendo em atenção razoável o interesse que a liberdade do alto mar representa para os outros Estados.

Uma vez que o direito do mar constitui-se em um dos mais importantes ramos do Direito das Gentes e surge no século XVI por força dos usos e práticas das frotas mercantes e de guerra dos Estados da Europa, época em que o mar era utilizado como via de comunicação não apenas para a mercancia, mas também para as colonizações.¹⁰ Veja-se:

⁸ Aqui fala-se em minoria política, isto é, não se trata de abordagem quantitativa, mas de expressão, representação e poder. Então mesmo que em maioria populacional, as mulheres não possuem representação política proporcional e, com isso, são mantidas às margens do poder.

⁹BRASIL. Decreto-lei nº 44490, de 28 de outubro de 1958. **Convenção Sobre O Alto Mar**. Genebra, Disponível em: <http://www.aquaseg.ufsc.br/Conven_Alto_mar_1958.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

¹⁰BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 200.

Durante um longo período prevaleceu o princípio da liberdade dos mares, mas no século XIX a necessidade de fiscalização e apresamento dos navios negreiros impôs que se iniciasse um longo processo para codificação das regras consuetudinárias do Direito Internacional do Mar, foi somente em 1958 que, em virtude da Conferência de Genebra, foram adotadas as Convenções sobre o alto-mar, a plataforma continental, o mar territorial e a zona contígua e a conservação dos recursos vivos do alto-mar. No entanto, circunstâncias políticas, técnicas econômicas justificaram a convocação de uma nova Conferência, que teve lugar em Nova Iorque, em 1973. Dos seus trabalhos resultou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em 1982[...]

A historiografia apresenta nuances pontuadas pela justificativa da necessidade e pela imposição do poder dominante. Desde a revolução burguesa esse poder concentra-se nos detentores do capital, no mercado, mais propriamente falando. Assim, nos termos da sociedade contratualista e mercantil, a cultura dos pactos se expandiu, e os mares deixaram de ser território absolutamente livre de regras e convenções. Nesses termos:

Alto mar possui várias liberdades para que a humanidade possa usufruir deste espaço marítimo. Contudo, é de se ressaltar, que o regime de liberdade existente não é um regime anárquico. Existem inúmeras restrições às liberdades que se pode dizer transformam o alto mar em um espaço jurídico¹¹.

E nesse cenário como se coloca o conceito de território nacional? Para José Roberto Tela, envolve o solo, o subsolo, o mar e o ar respectivo, nosso mar territorial compreende 12 milhas marítima. A zona contígua, que já é alto-mar, abarca as 12 milhas seguintes ao território nacional. É alto-mar. ”¹²

Definido isso conveniente apresentar as quatro regras fundamentais sobre a extensão do território brasileiro, uma vez que o universo da pesquisa em tela é o direito brasileiro e sua competência ou não em alto-mar. Assim, as quatro regras a saber são:

a) embarcações e aeronaves públicas brasileiras ou a serviço do poder público: aplica-se sempre a lei brasileira, onde quer que se encontrem. b) embarcações e aeronaves privadas brasileiras: aplica-se a lei brasileira se estão no território nacional ou em alto mar (observa-se aqui o princípio do pavilhão ou da bandeira); c) embarcações e aeronaves privadas estrangeiras: só se aplica a lei brasileira se estiverem em território brasileiro. d) embarcações e aeronaves públicas estrangeiras ou a serviço do poder público estrangeiro: não se aplica a lei brasileira. Com base no exposto acima, podemos ainda afirmar que caso uma mulher brasileira, saindo da costa nacional, embarca em navio estrangeiro, em alto-mar, pratica o aborto (levando em consideração que a lei do país de origem

¹¹ MELLO, Celso de Albuquerque. **Alto mar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247.

¹²FARIA, José Roberto Tela. **Aborto em alto mar**. Jus, São Paulo, v. 4, n. 5, p.2-4, maio 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65870/aborto-em-alto-mar>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

da embarcação privada não considera o aborto crime), não poderá ser responsabilizada pela lei brasileira.¹³

Conhecidos os limites estabelecidos não se pode esquecer o artigo 7º do Código Penal brasileiro¹⁴, o qual se dedica à extraterritorialidade da lei penal e elenca hipóteses que a lei é aplicada quando os crimes são cometidos fora do Brasil. No caso do aborto em alto mar, não há que se falar de extraterritorialidade, pois mesmo que praticado fora do território brasileiro, não pode ser punível por nenhum país, pois alto mar não é território de ninguém, sempre prevalecerá a bandeira da embarcação.

Veja-se:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984) I - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984), b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). II - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). § 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). § 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). § 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). a) não foi pedida ou foi negada a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984). b) houve requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984).

¹³ FARIA, José Roberto Telo. **Aborto em alto mar**. Jus, São Paulo, v. 4, n. 5, p.2-4, maio 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65870/aborto-em-alto-mar>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

¹⁴BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 16 jun. 2019.

Da análise em cotejo, pode-se considerar a questão do aborto em alto mar no sentido da não criminalização pela lei brasileira, pois o Brasil possui jurisdição para aplicação da lei penal brasileira pelo crime cometido até o limite de 12 milhas marítimas da Costa Brasileira, que é o denominado mar territorial, após não é considerado mais território brasileiro.

3 DO ABORTO NO BRASIL: O RETRATO DE UMA HISTÓRIA PATRIARCAL

Desde que a memória é aliada a questão do aborto é discutida no Brasil. Os costumes, as ideologias, a tradição e as crenças religiosas da sociedade, fizeram com que esta questão se tornasse cada vez mais complicada de ser discutida e debatida em um plano de verdade. Um olhar rigoroso se volta principalmente para os movimentos feministas, os quais apoiam a descriminalização do aborto e também sua legalização. Atualmente, na legislação brasileira, o aborto está tipificado nos artigos 124 e 128 do Código Penal.

Entretanto, o artigo 128 do Código Penal trata de três hipóteses onde a conduta é justificada e a antijuridicidade excluída, sendo elas o chamado aborto necessário, no caso de risco de morte para gestante, o conhecido aborto sentimental, quando a gravidez resulta de estupro e uma terceira condição quando o feto for anencéfalo, esta por força de decisão Supremo Tribunal Federal de 2012 e, até hoje, não integrante dos incisos do artigo em comento.

Segundo Thiago Soares Pereira¹⁵:

Em um contexto histórico do aborto no Brasil, tem-se que nem sempre o aborto foi tipificado como crime, sendo, a princípio uma prática condenada pela Igreja Católica em uma colônia que possuía como ditames os dogmas do Cristianismo e a busca estatal pelo povoamento territorial. Assim, somente no ano de 1830, com o Código Criminal do Império, foi que o aborto surgiu pela primeira vez na legislação brasileira, tipificando como conduta criminosa, o aborto causado por terceiros com ou sem o consentimento, não considerando crime, porém, a prática do auto-aborto. No Código Penal de 1890, o delito de interrupção da gravidez, passou a ser mais severo, no entanto, com algumas restrições quanto ao praticado pela gestante. Finalmente, com a edição do Código Penal de 1940, a legislação sobre o tema passou a ser mais clara e específica, apesar de controversa, tipificando como criminosa tanto a prática da gestante como de terceiros, qualificando o crime quando o resultado causar morte ou lesão corporal grave a gestante, além de prever formas de aborto legal, previsões essas que até hoje imperam em nosso ordenamento jurídico.

¹⁵ PEREIRA, Thiago Soares. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente a ampliação das hipóteses de aborto legal**. Brasília: Vestnik, 2015. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?id=FjWsBwAAQBAJ&hl=ptBR&printsec=frontcover&pg=GBS.PT1.w.2.2.0>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

Vive-se hoje em uma sociedade na qual os direitos são inerentes às classes sociais. Em linhas simples e diretas o pobre tem sempre menos espaços, quando equiparado à classe alta, é sabido que muitos abortos já ocorrem no Brasil principalmente em clínicas clandestinas. Segundo a reportagem Mulheres pelo Mundo da revista Marie Claire, publicada em 09 de abril de 2018¹⁶¹⁷:

No mundo, a cada ano, cerca de 20 milhões de abortos são realizados de forma insegura, resultando na morte de 70 mil mulheres, sobretudo em países pobres e com legislações restritivas. No Brasil, a cada dois dias, uma mulher morre vítima de aborto inseguro e estima-se que, a cada ano, sejam feitos 1 milhão de procedimentos clandestinos. Oficialmente, sabemos que 250 mil mulheres são internadas por ano no SUS em decorrência de procedimentos malsucedidos, o que gera um custo de R\$ 142 milhões devido a essas complicações.

A decisão da mulher de abortar ou não, envolve muito sentimento e sofrimento. As condições sociais e financeiras, nem sempre são favoráveis em todos os momentos da vida e igual para todas as pessoas. Muito se tem a evoluir no Brasil em razão de preconceitos, discriminação e opressão. É preciso entender que tudo é feito de oportunidades e que nem todos podem usufruir de uma estrutura de vida adequada e confortável. O livro Domínio da Vida de Ronald Dworkin, discute o porquê de o aborto causar tanta controvérsia. Pergunta se o aborto viola algum direito à vida que se considere fundamental, ou as objeções a esse ato terão base na crença em que a vida humana é sagrada. Nas palavras de Dworkin¹⁸:

Às vezes, pessoas que discordam veementemente entre si não tem uma clara ideia do objeto de sua divergência, mesmo quando esta é violenta e profunda. A maioria das pessoas supõe que a grande polemica sobre o aborto é, no fundo, um debate sobre uma questão moral e metafísica saber se mesmo um embrião recém-fertilizado já é uma criatura humana com direitos e interesses próprios, uma criança não nascida, indefesa diante do bisturi assassino do médico que vai fazer o aborto.

¹⁶ Cientes as autoras da fonte considerada não científica, contudo mesmo nessa condição se fez a escolha pela citação, eis que revista de boa circulação e voltada ao chamada pública feminina, a qual atingiu um largo espectro e provocou inúmeras discussões, fazendo jus a menção.

¹⁷ ANGELO, Lu (Ed.). **Aborto Sem Crime**: Marie Claire na luta pela descriminalização do aborto. Marie Claire, São Paulo, 09 abr. 2018. Disponível em: <<https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2018/04/abortosemcrime-marie-claire-na-luta-pela-descriminalizacao-do-aborto.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fortes, 2003, p. 41. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo; revisão de tradução: Silvana Vieira.

4 O ABORTO NO CONTRAPONTO ENTRE LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO BRASILEIROS

Com muita luta e após muitos debates sobre o aborto, foram feitas ao longo do tempo determinadas mudanças na legislação referente ao aborto no Brasil, as quais se expressam nas exceções da criminalização, hoje previstas no artigo 128 do Código Penal.

Muitos projetos de lei foram criados visando a legalização do aborto. Porém, hoje em tramitação no Congresso Nacional apenas proposições para um alargamento da criminalização. Levando em conta que as mulheres são minoria no legislativo brasileiro, possível entender e até mesmo justificar o retrocesso. Incompreensível, no entanto, a fuga do debate sério e multifacético.

O Supremo Tribunal Federal, hipoteticamente, busca atingir os direitos da sociedade que são violados pela legislação brasileira, mesmo sendo alvo de críticas, tenta permitir o aborto em situações diversas das previstas. Importa registrar ainda que realizou dois chamamentos públicos no formato de audiências públicas, entretanto ambas foram suspensas em razão da falta de segurança e condições lúcidas e razoáveis para o debate.

No entanto, possível foi ao Supremo, por meio da ADPF 54¹⁹, que apontou a inexistência de crime nos casos de fetos anencefálicos. O ministro Marco Aurélio Mello em seu voto, ressaltou:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral. E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino⁴⁴. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha⁴⁶ na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero.

Observa-se que a legislação brasileira não está nem perto de amparar a coletividade, de permitir que todas as classes tenham direitos seguros, cabe assim, a jurisprudência tentar inibir os efeitos retrógrados da legislação.

Neste ponto, impossível não trazer a Ementa do *Habeas Corpus* 124.306 do Rio de Janeiro, em decisão proferida também pelo Supremo:

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 54**. Relator Ministro Marco Aurelio. Disponível em: Acesso em: 25 de jun. 2019.

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.²⁰

Na votação desse *Habeas Corpus*, memorável foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, onde pode firmar seu posicionamento favorável à legalização do aborto no primeiro trimestre, sem qualquer justificativa. Definiu que os artigos 124 a 126 do Código Penal merece interpretação nas bases constitucionais da igualdade e da liberdade.

Acrescentou que a criminalização da conduta de interrupção voluntária da gestação, nessa hipótese, viola direitos humanos, dos quais a mulher é também protagonista, bem como o princípio da proporcionalidade. A criminalização contraria os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a sua autonomia ao conservar o direito de escolha; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez. Ressaltou também a igualdade, já que homens não engravidam e, assim, a equiparação absoluta de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nesse conteúdo. Por fim, e numa reflexão a partir da intersecção entre gênero e classes, mencionou o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres, pois a criminalização imposta pela legislação penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema único de saúde o SUS e como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.²¹

De todo o anotado pode-se adotar a análise comparativa como método para dizer que países como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália possuem legislações que reconhecem a presença da mulher na sociedade como agente da história e não criminalizam o aborto no primeiro trimestre da gestação.

5 DA WOMAN ON WAVES: HISTÓRIA E OBJETIVOS

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 124.306/RJ. Relator Ministro Marco Aurelio. Disponível em: Acesso em: 30 de outubro de 2019.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 124.306/RJ. Relator Ministro Marco Aurelio. Disponível em: Acesso em: 30 de outubro de 2019.

A ONG, dirigida pela médica Rebecca Gomperts, visa oferecer informações acerca de práticas do aborto, tem como princípio fundamental mostrar que o aborto é uma questão de saúde pública e não ser tratado como um homicídio. O que a ONG afirma, é a mesma posição que muitos países no mundo já adotam, tais como já referidos. As premissas da *Woman on Waves* diante da atual legislação brasileira, vem como uma burla ao que é pregado hoje na bancada do Congresso.

As *Women on Waves* foram fundadas em maio de 1999 por Rebecca Gomperts, uma médica holandesa. Rebecca Gomperts foi médica do barco da Greenpeace. A bordo deste navio, na América do Sul, ela conheceu muitas mulheres com graves problemas de saúde física e mental provocados por gravidezes indesejadas e pela impossibilidade de terem acesso a um aborto legal e seguro. As histórias destas mulheres são dramáticas e comoventes. Rebecca conheceu mulheres que tinham sido violadas. Conheceu mulheres que não tinham sequer dinheiro para sobreviver. Estas mulheres tinham sido ostracizadas e marginalizadas pelas suas comunidades. Estas mulheres são a razão de ser das *Women on Waves*. Todos os anos são praticados 20 milhões de abortos ilegais e em condições precárias. Todos os anos morrem 47,000 mulheres vítimas destes abortos clandestinos. Com o navio, as *Women on Waves* fornecem contraceptivos, informação, formação, workshops e abortos seguros e legais fora das águas territoriais de países onde o aborto é ilegal. Trabalhando em estreita colaboração com organizações locais, as *Women on Waves* respondem a necessidades médicas urgentes, dando poder às mulheres para que possam exercer o seu direito humano à saúde reprodutiva, a abortar de forma legal e segura, e atraindo a atenção pública para as consequências da gravidez indesejada e do aborto ilegal. As *Women on Waves* estão registadas na Holanda como uma organização de caridade sob o artigo 24, lid 4 do *Successiewet* de 1956. Assim, as doações para a sua conta bancária 3316 são totalmente deduzíveis na extensão prevista pela legislação holandesa. As atividades das *Women on Waves* são suportadas por financiamentos privados e filantrópicos. Dependemos das suas contribuições (que podem ser feitas on-line através do nosso servidor seguro) para prosseguir com as nossas atividades.²²

A *Woman on Waves*, não só trata como objetivo principal a interrupção da gravidez de forma voluntária, mas também ajuda na orientação e acesso à informação, sobre os abortos clandestinos e o quanto este podem ser prejudiciais à saúde da mulher que se submete a abortar de forma insegura. O objetivo da ONG é poder ajudar mulheres que tem seus direitos violados, seja pela lei de seu país, seja pelas crenças religiosas das famílias tradicionais.

²² Material disponível no site oficial da ONG Disponível em www.womanwaves.org. Acesso em 30 de outubro de 2019.

CONCLUSÃO

No Brasil, pouco se avançou na questão do aborto, a ONG Holandesa – *Woman Waves* - se mostra um recurso de garantia e prevenção para uma interrupção voluntária da gravidez, o Movimento Mulheres sobre as Ondas, não se trata de uma burla a lei, mas sim de um método seguro a demonstrar que toda mulher tem o direito e o poder de escolher e controlar o próprio corpo e seu futuro.

Da historiografia remontada percebe-se, apesar da passagem do tempo e da absorção intensa da tecnologia, que a globalização aponta para países, onde se reconhece os direitos da mulher como integrantes dos direitos humanos e a representação política acompanha a redistribuição do poder entre os gêneros, reequilibrando as relações de poder. Assim, países como Estados Unidos, Alemanha, Portugal permitem o abortamento, independente da motivação, no primeiro trimestre da gestação.

Na sociedade brasileira, a baixa representatividade da mulher no Congresso repercute numa legislação que não admite a reflexão e o avanço social. As mulheres, sobretudo as pobres, são privadas dos direitos fundamentais e forçadas a se submeter a manobras inseguras e perigosas. Essa situação permanece inalterada mesmo diante de decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, o qual segue sozinho e isolado na salvaguarda dos valores e direitos constitucionais.

A atuação da ONG *Woman Waves* não se perfectibiliza como afronta à soberania estatal, através de desvio da legislação pátria. Erguendo a bandeira da igualdade e da proporcionalidade, atua em respeito ao Estado e afastada da incidência da legislação penal brasileira, portanto permitida sua luta e trabalho em favor da mulher enquanto ser humano integral.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**, 2. Ed. p. 231-232.

ANGELO, Lu (Ed.). **Aborto Sem Crime**: Marie Claire na luta pela descriminalização do aborto. Marie Claire, São Paulo, 09 abr. 2018. Disponível em: <<https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2018/04/abortosemcrime-marie-claire-na-luta-pela-descriminalizacao-do-aborto.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional público e privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. 376 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: Acesso em: 25 de jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 124.306/RJ**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: Acesso em: 30 de outubro de 2019.

_____, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. Decreto-lei nº 44490, de 28 de outubro de 1958. **Convenção sobre O Alto mar**. Genebra, Disponível em: <http://www.aquaseg.ufsc.br/Conven_Alto_mar_1958.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fortes, 2003. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo; revisão de tradução: Silvana Vieira.

FARIA, José Roberto Telo. **Aborto em alto mar**. Jus, São Paulo, v. 4, n. 5, p.2-4, maio 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65870/aborto-em-alto-mar>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Alto mar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 257 p.

PEREIRA, Thiago Soares. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente a ampliação das hipóteses de aborto legal**. Brasília: Vestnik, 2015. Disponível

em:<<https://play.google.com/books/reader?id=FjWsBwAAQBAJ&hl=ptBR&printsec=fro ntcover&pg=GBS.PT1.w.2.2.0>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Ariane Chagas Leitão¹

RESUMO: O presente artigo tem como temática a análise da Lei da Guarda Compartilhada e as violações aos Direitos Humanos/Fundamentais decorrentes da sua obrigatoriedade. Com base nisso, pretende apontar as fragilidades da Lei 13.508/2014, quando se contrapõe às legislações reconhecidas como marcos fundamentais para a garantia dos Direitos Humanos no Brasil. Busca ainda, identificar as consequências desta obrigatoriedade, analisando os diferentes aspectos da família brasileira, bem como as violências geradas contra mulheres e crianças a partir da sua aplicação inadequada. E também, salientar o uso da Lei de Alienação Parental, neste contexto, como elemento igualmente violador de direitos. Desta forma, o objeto central do artigo visa analisar iniciativas para o aprimoramento da aplicação da guarda compartilhada, de modo a garantir o melhor interesse da criança e a cooperação entre os familiares, respeitando as características e singularidades de cada caso. Utiliza metodologia baseada na pesquisa bibliográfica das principais doutrinas, jurisprudências, artigos científicos relacionados ao tema, bem como na análise de casos concretos.

Palavra-chave: Direitos humanos. Guarda compartilhada. Violência contra mulheres e crianças.

1. INTRODUÇÃO

A história social dos Direitos Humanos vem acompanhada do esforço incessante do ser humano, em busca de sua dignidade e liberdade, trilhando assim caminhos de recuos e conquistas, em diferentes contextos históricos, com diferentes personagens, mas com semelhanças muito latentes. Essa história é, portanto, e, sobretudo, uma construção política, uma série de escolhas feitas pelas sociedades ao longo dos séculos. Sempre teve como marca a demanda recorrente dos oprimidos.²

¹Advogada feminista e especialista em direitos humanos. É autora do livro "Tráfico de Mulheres: a exploração sexual no Brasil e a violação aos direitos humanos". Foi Secretária Estadual de Políticas Para as Mulheres do Rio Grande do Sul. É consultora e fundadora da Ó Mulheres: assessoria e consultoria em gênero e direitos humanos. Coordena a Comissão de Segurança e Serviços Públicos da Assembleia Legislativa do RS e a Força-Tarefa Institucional de Combate aos Feminicídios. OABRS: 111399.

² BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Governo Federal. Direitos Humanos Imagens do Brasil, 2010, p.17.

A evolução dos Direitos Humanos ao longo do tempo pode servir como reflexo da construção de conceitos como cidadania, dignidade e igualdade. Estes princípios normativos abraçados pela Carta Constitucional de 1988 são frutos de formação progressiva e lenta.³

A história mostra que as décadas de lutas dos movimentos sociais brasileiros, se materializaram através do rico processo de participação popular ocorrido durante a Assembleia Constituinte, no final da década de 80.⁴ No país que saía da ditadura civil-militar, demandas urgentes pulsavam de diferentes setores da sociedade e acabaram por ingressar no texto constitucional, com vistas a enfrentar as discriminações decorrentes de um país com um forte histórico violento, escravocrata, machista e patriarcal. Conquistando assim, que a dignidade humana figurasse como principal fundamento da nova legislação.

Neste esteio, cabe destacar a importância dos movimentos de mulheres e feministas, aliados aos movimentos em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Os primeiros por estabelecerem a igualdade entre mulheres e homens como um dos elementos fundantes da democracia, e o segundo por responsabilizar o Estado Brasileiro com aqueles que são considerados prioridade absoluta.

Da mesma forma, o conceito familiar também é alterado, bem como o seu contexto, a partir da diferente dimensão que as novas garantias legais exerciam sobre o cotidiano das famílias brasileiras. O advento do Estado Democrático de Direito trouxe mudanças estruturais e funcionais na instituição que é a família com a transição entre a óptica estritamente materialista e patrimonial, que imperava desde os primórdios da civilização ocidental e norteava o Código Civil Brasileiro de 1916. Tendo assim, uma percepção mais humanista em que a afetividade, a solidariedade e a busca pela realização pessoal ganharam relevância jurídica e passaram a ocupar lugar de destaque dentre aqueles bens dignos de proteção estatal.⁵

Durante a década de 80 surgiram inúmeras organizações de apoio às mulheres vítimas de violência, as quais se consolidaram durante a década de 90. E junto a isto também, uma nova concepção sobre a infância brasileira era discutida e amplamente exigida, que resultou na mais importante legislação brasileira sobre a garantia de Direitos

³ CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares*. São Paulo: Edijur, 2012, p.38.

⁴ PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma História do Feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p.79.

⁵ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. *Guarda Compartilhada Física e Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.21.

Fundamentais/Humanos das crianças e adolescentes, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90. O Brasil que vinha de uma legislação retrógrada, excludente e preconceituosa em relação às crianças e adolescentes, antes consideradas inferiores aos adultos em termos de cidadania, reconheceu-as como sujeitos de direitos, absorvendo os novos conceitos de promoção da igualdade⁶ e acolhendo a influência internacional de garantia dos Direitos Humanos.

Em relação às mulheres, entretanto, a lei que viria assegurar Direitos Humanos/Fundamentais para as brasileiras, tipificando a violência doméstica como crime, foi promulgada somente 16 anos depois, em 2006.⁷ A Lei Maria da Penha (LPM), 11.340/2006, também veio inspirada em orientações internacionais de garantia e defesa dos Direitos Humanos.

Esses avanços legislativos foram, sem dúvida, fundamentais para a consolidação de novos padrões comportamentais, fazendo com que a violência intrafamiliar passasse a ser encarada não mais como um assunto da vida privada, ou de foro íntimo dos envolvidos/das, mas estivesse pautada na agenda pública das iniciativas legislativas e das políticas públicas brasileiras.

No entanto, os números mais recentes sobre a violência doméstica e familiar no país,⁸ indicam que estas ações realmente só surtirão efeito quando associadas a políticas permanentes de Estado, com foco no investimento à prevenção e ênfase para educação infantil: “Por trás desses crimes, evidencia-se a falta de políticas de prevenção, em especial, investimento na área de educação, voltado para criar uma cultura de respeito aos Direitos Humanos”, afirma Leila Barsted, que é membro do Comitê de Peritas do Mecanismo de Monitoramento da Convenção de Belém do Pará da OEA.⁹

⁶ EBC CIDADANIA. ECA 25 anos: confira linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes. Disponível em: <http://www.etc.com.br/cidadania/2015/07/eca-25-anos-linha-do-tempo-direitos-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 13 set. 2019.

⁷ LIMA, Lucas e BERRUEZO, Lara (editores). O Livro do Feminismo. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p.125.

⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública de 2019. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/13o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-fbsp-2019/> Acesso em 30 set. 2019.

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Há 12 anos, o Brasil criou a Lei Maria da Penha. Falta investir na prevenção. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ha-12-anos-o-brasil-criou-a-lei-maria-da-penha-falta-investir-na-prevencao/>. Acesso em 15 set. 2019.

Segundo o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública,¹⁰ apresentado em setembro de 2019, os dados compilados de 2018 apontam que a cada dois minutos uma mulher é vítima de violência doméstica no país. Em 98% dos casos, o agressor é parceiro, marido ou ex-companheiro. E ainda que, a cada quatro horas, uma criança de até 13 anos, na maioria das vezes menina, é vítima de estupro. E que praticamente na maioria absoluta dos casos, esse crime acontece em casa, onde o estuprador é da família.

Conforme a ONU, o lar é local mais inseguro para as mulheres. Esta violência é diretamente refletida nas crianças e adolescentes que convivem com o cotidiano de agressões, seja em relação a elas próprias ou suas mães, avós ou parentes mulheres. Os números apontam ainda que, no Brasil, as crianças são as principais vítimas em ambientes de conflito familiar e violência doméstica e mais de 80% das mulheres vítimas deste crime são mães.¹¹

Este cenário faz com que seja necessária a análise das legislações vigentes, especialmente aquelas relativas à organização das famílias brasileiras e seus desdobramentos em um contexto de violência e retrocessos que se aprofunda no Brasil atualmente.

Desta forma, passamos a analisar o instituto da guarda compartilhada, normatizada no ano de 2008, através da Lei 11.698. A lei, a princípio, respondia à influência do ECA, que determina a igualdade de condições entre mães e pais quanto ao dever de guarda, conforme seu art. 21. No entanto, a alteração ocorrida em 2014, por meio da Lei 13.058, tornando obrigatória a guarda compartilhada no Brasil, impôs um sistema de guarda e/ou convivência às famílias que parece desconsiderar o histórico de violência intrafamiliar brasileira e a dificuldade de seu enfrentamento.

2. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA E ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO

Os diferentes arranjos familiares representam uma realidade das famílias contemporâneas em todo o mundo. O Brasil, da mesma forma, vem evoluindo no que tange às novas formas de organização das famílias. Assim, também são recentes os desafios

¹⁰ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Op. Cit Acesso em 30 set. 2019.

¹¹ IBDFAM. Crianças são as principais vítimas da violência doméstica, diz assistente. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/10804/Crian%C3%A7as+s%C3%A3o+principais+v%C3%ADtimas+da+viol%C3%A4ncia+dom%C3%A9stica,+diz+assistente>>. Acesso em 22 set. 2019.

colocados a partir da implementação de legislações referentes às organizações familiares em nosso país.

As modificações pertencentes ao Direito de Família, provenientes da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002 (CC), ratificaram sua função social. Principalmente a partir da proclamação da igualdade dos cônjuges e da prole, bem como a igualdade de obrigações relativas à guarda, educação e manutenção dos filhos.¹² Assim, destaca-se não só a inclusão do instituto da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, bem como as mudanças que a tornaram obrigatória.

Desta forma, em um primeiro momento, é fundamental diferenciarmos os conceitos de poder familiar e guarda, comumente utilizados de forma equivocada. O poder familiar tem sua definição muito mais abrangente e importante do que o próprio instituto da guarda, e está disposto no artigo 1.634 do CC. Este compreende precisamente os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda, os poderes de representação dos filhos e filhas e de gestão de seus interesses. E pode ser exercido independentemente do estado civil dos pais, conforme o artigo 1.632 do CC.¹³

No entanto, a guarda, que é apenas mais um dos elementos do poder familiar, acaba sendo muito mais valorizada culturalmente. Sobretudo em processos judiciais, indicando assim certa desinformação da real importância do poder familiar, pois este sim pode e deve ser exercido pelos pais e mães, independente da guarda. A guarda, por sua vez, está muito mais ligada à questão da companhia, da convivência e rotina da criança ou do adolescente. Ou seja, está relacionada à responsabilidade com os cuidados diários com os menores.¹⁴

A mesma desinformação segue quando tratamos das modalidades de guarda. No Brasil, apenas duas modalidades são previstas em nosso ordenamento jurídico, a guarda compartilhada, atualmente obrigatória e a guarda unilateral, nos casos de exceção, quando um dos genitores expressamente declara não querer exercer a guarda do menor, e estão expressas nos artigos 1.583 e 1.584 do CC. Existem ainda, outros dois modelos que não constam em nosso ordenamento jurídico, mas que alguns elementos de suas definições

¹² MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.28.

¹³ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.29.

¹⁴ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Nova “lei da guarda compartilhada”: Reflexões extraclasse. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DXV7ViDht-A>>. Acesso em 22 set. 2019.

acabam sendo utilizados durante a aplicação da guarda compartilhada de forma errônea, são elas: a guarda alternada e a guarda nidal.

A guarda unilateral é atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua. Possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho ou filha, mas também o poder de decisão quanto às questões da vida da prole.¹⁵ Já a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda unilateral de um dos pais por períodos alternados.¹⁶ Este modelo de guarda pressupõe a alternância de residências e, por esta razão, é muito criticada tanto na doutrina brasileira como no direito comparado. Na França, por exemplo, é expressamente proibida, desde 1984, sob a justificativa que interrompe a continuidade do desenvolvimento da criança e fere seus interesses.¹⁷

E a guarda nidal traz consigo o sentido de que os filhos e filhas permaneçam no “ninho” e os pais é que se revezarão. Isto é, a cada período, um dos genitores ficará com os filhos na residência original do casal.¹⁸

Presente objeto de estudo, a guarda compartilhada, por sua vez, tem o conceito de que se trata de um exercício conjunto da guarda, onde ambos os genitores decidirão sobre a vida do filho menor em nível de igualdade, não importando o período de permanência do filho com cada genitor.¹⁹

Esta modalidade de guarda surgiu no Brasil com a Lei 11.698/2008, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Essa legislação deu origem ao conceito de guarda compartilhada legal, definida pela responsabilização conjunta concernente ao poder familiar dos filhos comuns. Posteriormente, sobreveio a Lei 13.058/2014, que alterou o §2º ao artigo 1.583, passando a constar expressamente que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos e filhas deva ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos menores. Disposição que apresenta o advento da guarda compartilhada física. Logo, existem duas formas distintas de guarda

¹⁵ ROSA. Conrado Paulino. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p.55.

¹⁶ *Ibidem* p.58.

¹⁷ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.112.

¹⁸ ROSA. Conrado Paulino. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p.60.

¹⁹ JUSBRASIL. O que é guarda compartilhada? Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/404012886/o-que-e-guarda-compartilhada>>. Acesso em 22 set. 2019.

compartilhada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.²⁰ Sendo que, com a instituição da segunda modalidade, elementos fundamentais para a definição da guarda de modo a resguardar o bem-estar dos menores, como o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar e o destaque para os temas da saúde, segurança e educação, foram retirados do texto legal.

Além da mudança, também no § 2º, mas do artigo 1.584, onde fica determinado que mesmo sem acordo entre os genitores a guarda compartilhada será imposta como regra. Desta forma, reside exatamente nestas alterações legais, que implicam não só na guarda compartilhada compulsória, mas também nas suas consequências, o objeto principal de análise crítica, sob a perspectiva de Direitos Fundamentais/Humanos, que este artigo pretende realizar.

Vejamos que antes mesmo da Lei 13.058/2014 ser promulgada, ou seja, durante a discussão do Projeto de Lei Complementar (PLC), os movimentos de mulheres e feminista já alertavam sobre o risco que significa a nova legislação, conforme artigo da Agência Patrícia Galvão, de 29 de novembro de 2014:

A automaticidade da declaração de guarda, caso o projeto venha a ser aprovado, poderá, além de prejudicar as crianças envolvidas, ampliar e prolongar eventuais situações de violência doméstica, forçando a vítima a ter a constante presença do agressor próximo a ela. Por isso é importante que cada caso seja analisado, de modo que cada família tenha suas particularidades contempladas pelo judiciário.²¹

E, além disso, apontavam as fragilidades da redação do então PLC que, alterando a legislação anterior, Lei 11.698/2008, abria precedentes preocupantes na perspectiva da garantia dos direitos humanos de mulheres e crianças envolvidas:

É nítido que a atual legislação brasileira (lei 11.698/2008) já busca o fim do conflito entre os genitores e detentores das guardas, buscando o melhor para as crianças. Observa-se, além disso, que existem mecanismos de mediação e de busca de aconselhamento psicológico junto com as instituições – Ministério Público e Tribunais – para tentar sanar divergências. Não deixando a decisão da guarda meramente no consenso, podendo ser definida mesmo quando os genitores não

²⁰ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.114.

²¹ GELEDÉS. Feministas analisam PLC da guarda compartilhada aprovada no Senado. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/feministas-analisam-plc-da-guarda-compartilhada-aprovada-no-senado/>>. Acesso em 28 set. 2019.

possuem acordo após verificação de possibilidade da aplicação da guarda em conjunto.²²

O Projeto de Lei Complementar 117 de 2013 estipulou o significado da expressão guarda compartilhada e dispôs sobre a sua aplicação: “na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.²³ Observa-se, explicitamente, que o legislador define de forma leviana o instituto da guarda compartilhada que, dentro da doutrina jurídica, é definida como a tomada em conjunto das decisões relativas à criança, em que ambos dividem as responsabilidades de criação e educação. A criança permanece morando com um dos genitores, mas não há regulamentação de visitas nem limitações de acesso à prole em relação ao outro.²⁴

Da mesma forma corrobora Madaleno, indicando consequências evidentes oriundas do confuso texto da Lei da Guarda Compartilhada obrigatória, acerca da definição deste modelo de guarda, que apenas trata da divisão de tempo em que cada criança ficará com os genitores. Definição essa que, na verdade, se refere à guarda alternada, desaconselhada por juristas, especialistas, psicólogos e psiquiatras:

A guarda alternada e a guarda compartilhada física (lei 13.058/2014) são muito semelhantes, na medida em que, ambas presumem a divisão de custódia física da criança e, por isto, estas duas espécies de guarda implicam constantes e rotineiros deslocamento do menor, situação que, por certo não atende aos melhores interesses dos infantes, pois os mesmos carecem de uma moradia de referência e precisam viver em um ambiente previsível e estável para possibilitar seu sadio e regular desenvolvimento.²⁵

Segundo Flávio Tartuce, “o novo diploma tende a intensificar os conflitos familiares, pois esta nova guarda compartilhada acaba por privilegiar muito mais aquilo que os pais veem como seus direitos, do que efetivamente os interesses dos menores”.²⁶

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.112.

²⁶ TARTUCE, Flavio. A Lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – análise crítica da Lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em 22 out. 2019.

Resta evidente, desta forma, que a obrigatoriedade da guarda compartilhada reside muito mais em um interesse dos genitores, sobretudo os pais, sob o argumento do melhor interesse da criança, mas que na verdade atende seus pleitos, em regra, vinculados a interesses egoísticos, representados especialmente na redução ao máximo dos encontros com o antigo consorte, o que é facilitado pela existência de dois lares, e aos pleitos de redução ou exoneração de valores alimentícios, o que vem ocorrendo perante o poder judiciário com a existência da nova lei.²⁷

Sobre o tema das obrigações alimentícias reside um dos mais graves elementos violadores de direitos da guarda compartilhada obrigatória, e que merece destaque nesta primeira análise: a aceitação da guarda compartilhada pelo genitor, ainda que este não tenha condições mínimas de manter os cuidados básicos com os menores, com único e exclusivo objetivo de se eximir da responsabilidade do pagamento de alimentos. Situação que ainda o direito civil brasileiro resguarda a possibilidade de prisão, caso a obrigação não seja cumprida: “Muitos alimentantes, que pagam pensão para o filho, resolvem ingressar com ação para mudança da guarda unilateral para compartilhada, acreditando que esta mudança o exonerará do dever de prestar alimentos.”²⁸

2.1 A OBRIGATORIEDADE QUE VIOLA PRECEITOS LEGAIS

a) Estatuto da Criança e Adolescente – ECA

Vejamos que uma das legislações mais importantes de nosso ordenamento jurídico é o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). O Brasil foi o primeiro país da América Latina e um dos primeiros do mundo a criar um estatuto que tratasse especificamente da questão da criança e do adolescente de acordo com as exigências dos padrões internacionais.

No entanto, quando falamos em garantias legais para esta parcela da população brasileira, o cenário é adverso. Seja no âmbito da implementação de políticas públicas ou da aplicação de leis que garantam seus direitos. Especificamente sobre a implementação da guarda compartilhada compulsória, sem análise prévia do histórico familiar dos que a pleiteiam, por si só, já representa uma ameaça ao ECA e à integridade física e psíquica dos

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ DI NARDO. Louis Ciurilm. Pensão alimentícia na guarda compartilhada. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63314/pensao-alimenticia-na-guarda-compartilhada>>. Acesso em 05 out. 19.

menores. Para conceituar a violência doméstica contra a criança e o adolescente buscamos as palavras de GUERRA, que declara:

[...] representa todo o ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que – sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder /dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.²⁹

O histórico das famílias brasileiras apresenta uma carga excessiva de violência que não permitia qualquer intervenção estatal. Perpetuando assim, violações que necessariamente deveriam ser mantidas em sigilo. O ECA e a Lei 13.010/2014, também conhecida como a “Lei da Palmada” ou “Lei Menino Bernardo”, foram legislações que vieram na contramão dessa cultura, visando proteger crianças e adolescentes.

Em diversos artigos do ECA é possível identificar a intenção do legislador de responsabilizar o Estado, a sociedade e a família em relação à condição das crianças e dos adolescentes, com prioridade à garantia dos Direitos Humanos e prevenção da violência. Ou ainda, o direito de serem educados sem uso de castigo físico. Com destaque para o artigo 130, que trata do afastamento do agressor da moradia comum com a da criança vítima por meio da aplicação de medida cautelar.

Dessa forma, em observação ao ECA, verifica-se uma contraposição à Lei da Guarda Compartilhada, constatando que a imposição de um convívio com genitores que possuem histórico de violência intrafamiliar não está referida no texto legal como elemento relevante para a determinação do compartilhamento ou não da guarda. Mesmo assim, cabe lembrar que a prevenção à violência, sobretudo à intrafamiliar, está entre os principais direitos da infância e juventude, garantidos pelo Estatuto.

Destaca-se ainda que a prática comum nos tribunais, no que tange as varas de família, é a ausência completa de análise de processos judiciais em outras varas de diferentes especialidades, com destaque para as varas criminais e de violência doméstica. Ainda que

²⁹ GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada. 3. São Paulo: Cortez, 1998, p. 32-33.

estes litígios envolvam as mesmas partes que na vara de família discutem a guarda compartilhada³⁰.

b) Superior Interesse do Menor, a Vontade da Criança e a Tenra Idade

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a imposição da guarda compartilhada obrigatória é o princípio do “superior interesse do menor” que, automaticamente, estaria contemplado pelo convívio paterno. Independentemente das condições impostas às crianças e adolescentes, para que ele ocorra.

Este princípio, no entanto, decorre de vários documentos internacionais relativos à proteção dos Direitos Humanos, onde a infância tem papel de destaque. Em termos nacionais, a disposição do princípio na Constituição, reafirma o compromisso do Estado Brasileiro na proteção das pessoas em desenvolvimento.³¹

Introduzido no art. 227 da Constituição Federal, adquirindo assim a fórmula anglo-saxônica do “The best interest of the Child” o status deste princípio jurídico obriga o Estado, a sociedade, e a família a apontarem sempre para o reconhecimento dos direitos superiores do menor, inclusive quando em confronto com pretensões de seus pais.³²

Vinculado ao superior interesse do menor se faz presente uma faixa de legitimação das decisões, onde prevalecem os critérios da afetividade e da afinidade, devendo a guarda ser confiada ao progenitor que promova o desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança, que tenha mais disponibilidade para satisfazer suas necessidades e que tenha com a criança uma relação mais profunda de afinidade e afetividade.³³

Assim, entende-se que o superior interesse do menor não pode ser utilizado para manejar demandas individuais nos processos de guarda, tão pouco pode ser imposto como elemento inequívoco para aplicação da guarda compartilhada, sem uma análise judicial

³⁰LEITÃO, Ariane. <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2019/08/quando-o-estado-legitima-a-violencia-domestica-a-invisibilidade-das-vitimas-da-lei-da-alienacao-parental-por-ariane-leitao/>. Acesso em 05 out. 2019.

³¹ JUSBRASIL. Princípio do melhor interesse da criança. Disponível em: <<https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em 05 out. 2019.

³² MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.177.

³³ SOTTOMAYOR, Clara. Temas de Direitos Das Crianças. Coimbra: Editora Almedina. P.45.

critérioria, diferente do que acontece nos tribunais. Ademais, salienta-se que o superior interesse do menor deve apresentar-se conjuntamente ao direito de oitiva que crianças e adolescentes têm garantido, através do ECA, em seu art. 28 § 1º.

O art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, afirma que os estados partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, levando em consideração essas opiniões. Portanto, sem dúvida, é relevante a consulta à vontade dos filhos para as decisões sobre os processos de guarda.³⁴

No Brasil, não são raros os casos de disputa de guarda onde crianças são levadas de suas casas à força, sob ação de oficiais de justiça. Nestas situações, mesmo que os menores apresentem comportamento de desespero por serem distanciadas do progenitor cuidador, na maioria das vezes as mães, o cumprimento da medida é realizado. Gerando assim uma convivência forçada com outro genitor, ordenada por decisão judicial, sem nenhum respeito a preceitos internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Ou ainda, sem considerar as próprias legislações brasileiras que resguardam direitos fundamentais, e que determinam que crianças e adolescentes não serão expostas a situações cruéis, degradantes ou vexatórias. Ignorando também, as sequelas emocionais e psíquicas resultantes destes processos e que vitimizam menores através do uso da força estatal. Um verdadeiro ataque aos direitos de crianças e adolescentes, protagonizado pelas instituições brasileiras.

Neste contexto, cabe salientar casos que envolvem crianças de tenra idade, onde a violação de direitos ocorre, não de forma menos cruel, quando por determinação judicial casos de desmame precoce crescem à medida que o interesse paterno se contrapõe ao direito de um desenvolvimento saudável de bebês. Mais uma vez contrariando as legislações e preceitos internacionais de proteção aos direitos humanos. Neste caso, agravado por não observar as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre o aleitamento materno que prevê sua exclusividade na alimentação da criança até os seis meses e indica a continuidade do aleitamento até os dois anos de idade.³⁵

Uma criança pequena em idade de amamentação tem necessidades peculiares e demanda cuidados específicos e, por certo, a presença da mãe é imprescindível

³⁴ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

³⁵ LEITE MATERNO. Recomendações OMS. Disponível em: <<http://www.leitematerno.org/oms.htm>>. Acesso em 12 out. 2019.

nessa fase inicial, não se afigurando correto afastar um bebê dos cuidados maternos, pois é a mãe que naturalmente apresenta as melhores condições de suprir os cuidados da criança durante a lactação.³⁶

A jurisprudência acima, de 2010, aponta que as decisões em regra são favoráveis à que a guarda permaneça com as genitoras, nos casos de criança em idade de amamentação, havendo inclusive decisões contrárias às visitas do genitor com pernoite nessas situações. E ainda este entendimento podendo se estender até os quatro anos de idade das crianças. Ocorre que posteriormente ao advento da guarda compartilhada obrigatória, em 2014, essa compreensão não é mais uníssona nos tribunais.

Vejamos que a preferência pela mãe não configura qualquer violação ao princípio da igualdade e da isonomia entre os genitores, sempre que as decisões forem fundamentadas e de acordo com os interesses da criança.³⁷ A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, em seu princípio VI, assegura que, salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança em tenra idade de sua mãe. Principalmente porque a “criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais”.³⁸

A preferência maternal é uma regra que remonta ao período pós-revolução industrial e que representa o resultado da luta das primeiras feministas pelo direito das mães à guarda dos filhos/as e pelo abandono da visão da criança como propriedade do pai. A preferência maternal representa assim, um triunfo do laço emocional da criança com o genitor que cuida dela no dia a dia, sobre o patriarcado.³⁹

Na Austrália, a *Australian Psychological Society*, firmou posicionamento sobre os efeitos do divórcio sobre a vida das crianças envolvidas. Segundo a pesquisa, os efeitos podem ser distintos para uma criança durante todo o desenvolvimento da sua infância. O conflito parental crônico nos primeiros anos de vida tem consequências significativas do desenvolvimento do menor em virtude do seu impacto, sobre a parentalidade e, portanto, sobre uma série de processos de desenvolvimento vitais em crianças pequenas. Infantes com

³⁶ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83.

³⁷ SOTTOMAYOR, Clara. Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio. Coimbra: Almedina. 2016, p.50 e 51.

³⁸ Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em 12 out. 2019.

³⁹ SOTTOMAYOR, Clara. Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio. Coimbra: Almedina, 2016, p. 53.

menos de três anos apresentam uma necessidade biológica de receber cuidado contínuo e confiável a partir de um cuidador primário.⁴⁰

Não obstante, é fundamental salientar que, em que pese o discurso de igualdade entre os genitores, na prática pode ser percebido que ainda cabe à figura materna a realização da maioria das atividades e tarefas de cuidado dos filhos/as.⁴¹

c) Lei Maria Da Penha

Sob esta análise reside um dos principais elementos deste estudo, ou seja, a não aplicação correta da Lei Maria da Penha - em virtude da imposição da guarda compartilhada como regra. Ora, um agressor não poderia compartilhar a guarda dos filhos/as. Afinal, ainda que este agressor não tenha dado um único tapa em seus filhos/as, estas crianças, ao presenciarem a agressão contra mãe, já estão vivendo a condição de vítimas da violência doméstica e familiar, através da violência psicológica. A LMP é considerada uma das leis mais importantes do mundo, especialmente porque congregou diferentes áreas do Direito em uma única legislação, visando a garantia dos Direitos Humanos das mulheres e de toda a sua família. Assim, compreende-se o caráter tão amplo da legislação que dá a possibilidade das medidas protetivas aos filhos/as da mulher vítima, bem como à família que com ela reside, determinando que o agressor não possa se aproximar destes.

Da mesma forma, a legislação, em seu artigo 10 e seguintes, os quais tratam do procedimento policial referente às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, bem como aos familiares e testemunhas, é nítida ao determinar que estes não terão contato direto com os investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas. Resta clara, portanto, a intenção das legisladoras de salvaguardar não somente a vítima propriamente dita, mas a família desta vítima. As crianças são em regra, as mais atingidas no contexto de violência doméstica e familiar, sendo assim, é de fácil interpretação que estas crianças não possam ter contato com agressor ainda que este seja o seu genitor.

Nos anos de 2017 e 2019 foram incorporadas mudanças da Lei Maria da Penha que reforçam a convicção que a legislação atende não só as mulheres vítimas, mas também seus

⁴⁰ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.84.

⁴¹ ESPECIAL CIDADANIA. Divisão de tarefas domésticas ainda é desigual no Brasil. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/divisao-de-tarefas-domesticas-ainda-e-desigual-no-brasil/divisao-de-tarefas-domesticas-ainda-e-desigual-no-brasil>>. Acesso em 12 out. 2019.

dependentes, conforme, por exemplo, a Lei 13.827/2019. Em seu artigo 12-C, a legislação dispõe sobre o afastamento do lar a partir do momento em que for “verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes”. E a determinação expressa do afastamento do agressor do lar, ou domicílio.

No entanto, é importante salientar que antes das mudanças, a Lei Maria da Penha já indicava a preocupação da legisladora com os dependentes/vítimas da mulher, como demonstra o texto original da Lei 11.340/2006, no que tange as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor. Entre elas, a suspensão ou restrição de visitas aos dependentes menores.

Constata-se, portanto, uma incompatibilidade com a adoção de medidas protetivas contra violência doméstica e familiar e a aplicação da guarda compartilhada obrigatória. Uma vez que a doutrina e a jurisprudência indicam que, para eficiência desta modalidade de guarda, é necessária existência de um diálogo mínimo entre os genitores e uma convivência razoável no que tange às decisões coletivas sobre a vida dos infantes.⁴²

Ao encontro deste posicionamento está também o professor José Fernando Simão, diretor do IBDFAM de São Paulo. Para ele, o fato de os pais não terem diálogo impede efetivamente a guarda compartilhada. Ele esclarece que, mesmo não sendo a guarda compartilhada, o pai pode tomar todas as decisões sobre a vida, saúde, educação dos filhos. “Guarda é questão apenas de convívio”.⁴³

Ademais, questiona-se: mesmo com todas as implicações legais apresentadas quando denunciada a violência doméstica e familiar, por conta da aplicação da LMP, como é possível que agressores, se valendo da condição de genitores exijam o compartilhamento de guarda, em relação a crianças e adolescentes que também são vítimas e protegidas pelas medidas da LMP? Como é possível que julgadores e julgadoras, possam avaliar o compartilhamento de guarda com a existência de processos de violência familiar tramitando em outras varas, como as criminais e de violência doméstica? Como é possível que crianças e adolescentes sejam obrigadas a conviver com seus agressores? Como é possível revitimizar a mulher que, por

⁴² CURY, Thais. FUCHS, Lucas. MARTINS. Aquiles. A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher. Universidade Federal de Minas Gerais - Curso de Direito. Disponível em: <https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/434/391>. Acesso em 13 nov. 2019.

⁴³ IBDFAM. STJ nega guarda compartilhada por falta de consenso entre os pais. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/363766615/stj-nega-guarda-compartilhada-por-falta-de-consenso-entre-os-pais>. Acesso em 22 nov. 2019.

lei, não poderia mais ter contato com esse agressor, a partir de uma imposição legal obrigatória, totalmente incompatível com a LMP e com preceitos internacionais de Direitos Humanos, a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica?

Neste sentido, salienta-se outro instituto, igualmente tão, ou ainda mais violador, que a compulsoriedade da guarda compartilhada, que é a Lei da Alienação Parental, 12.318/2010. A legislação, que já tem um amplo debate sobre a necessidade de sua revogação,⁴⁴ vem servindo de escudo para genitores agressores e/ou abusadores, reivindicarem seu “direito de convívio”, a partir da ameaça de que mães que denunciem violências contra si ou seus filhos e filhas, sejam punidas pela lei que transforma mães denunciantes em “alienadoras”.⁴⁵

Vejamos, por exemplo, o argumento usado por um agressor para compartilhamento da guarda das filhas, julgado procedente pelo STJ:

A 3ª turma do STJ, ao julgar recurso de pai contra a ex-mulher, estabeleceu a guarda compartilhada das filhas na hipótese em que houve violência doméstica do homem contra a ex-esposa. A decisão do colegiado foi unânime, seguindo o voto da relatora, ministra Nancy, com os acréscimos de fundamentação no voto-vista do ministro Ricardo Cueva.

O genitor sustentou a ocorrência de alienação parental. Os autos narram que o ex-cônjuge agrediu fisicamente a mãe de suas filhas e ficou proibido de se aproximar dela, mantendo, no mínimo, 250 metros de distância, e de entrar em contato, por qualquer meio de comunicação, com a ex-mulher ou seus familiares.

O estudo social realizado concluiu que a visita regular do pai não ofereceria risco para as crianças e indicou a guarda compartilhada. A sentença concedeu a guarda compartilhada, que foi revertida pelo TJ/RJ. Invocando o melhor interesse das crianças, o tribunal fluminense considerou que o convívio de forma compartilhada com os genitores ameaçaria o bem-estar das filhas.⁴⁶

Assim, a doutrinadora espanhola Consuelo Barea Payueta apresenta a inconveniência da guarda compartilhada, afirmando que sua consecução se converteu em um objetivo primordial de muitos homens divorciados, que afirmam querer se ocupar de seus filhos,

⁴⁴ TATSCH, Constança. Projeto quer revogar Lei de Alienação Parental, acusada de favorecer abusadores. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/projeto-quer-revogar-lei-de-alienacao-parental-acusada-de-favorecer-abusadores-23982956>>. Acesso em 25 nov. 2019.

⁴⁵ LEITÃO, Ariane. Quando o Estado Legitima a Violência Doméstica: A invisibilidade das vítimas da Lei da Alienação Parental. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2019/08/quando-o-estado-legitima-a-violencia-domestica-a-invisibilidade-das-vitimas-da-lei-da-alienacao-parental-por-ariane-leitao/>>. Acesso em 05 out. 2019.

⁴⁶ FAMÍLIA. STJ: Pai que agrediu ex-mulher consegue guarda compartilhada das filhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI256217,51045-STJ+Pai+que+agrediu+exmulher+consegue+guarda+compartilhada+das+filhas>>. Acesso em 05 nov. 2019.

ainda que quando casados a maioria deles não tenha feito isso. E para comprovar a imprudência da guarda compartilhada, a autora pesquisa as atuais tendências das legislações buscando conhecimentos científicos e a experiência acumulada desde quando legalmente foi imposta a preferência pela guarda compartilhada em diversos países. Neles foram constatados atos de violência contra a mulher, em que a guarda repartida estaria servindo para prolongar o controle e o abuso de poder sobre a mulher e sobre a prole, servindo a guarda compartilhada como um meio de não pagar a pensão alimentícia para os filhos em represália à ex-esposa.⁴⁷

Acresce a contundente doutrinadora, se tratar de um discurso neomachista, politicamente correto apenas em sua superfície, porém, em profundidade radicalmente patriarcal e sexista, advindo de um movimento reacionário que pretende voltar ao antigo *status quo*, esgrimindo por meio do reclame da igualdade por pais que não promovem redução da sua jornada de trabalho para buscar os filhos na escola. Tampouco guardam tempo para se ocuparem com os deveres de filhos/as ou, sendo comum repassarem os cuidados dos filhos/as menores para avó paterna ou para nova companheira, depois de conseguirem a guarda compartilhada.⁴⁸

Nesta esteira, a portuguesa Clara Sottomayor também afirma que durante a convivência dos pais as regras estabelecidas pelo casal vigoram de forma espontânea, se bem que entre muitos pares subsiste uma relação de violência psicológica e de submissão que caracteriza uma permanente situação de conflito, e que nem sempre se extingue com o fim da relação. Sottomayor sequer inclui nestas relações conflituosas dos pares conjugais a violência doméstica, que esta considera um ato criminoso e não mera situação de conflito. O que torna impossível qualquer lógica de mediação pós-divórcio, mas típica situação de permanente proteção da vítima e de responsabilização do agressor. Não só na esfera penal, mas também nas decisões de guarda e de visitas, em que os contatos não devem ser fomentados em casos nos quais as crianças assistem à violência, particularmente favorecida por figuras jurídicas designadas por guarda conjunta, alternada ou compartilhada, que, ao contrário de apaziguarem o conflito entre ex-cônjuges, promovem a continuidade da relação de violência e abusividade.⁴⁹

⁴⁷ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada Física e Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.215.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 216

⁴⁹ *Ibidem*, p.221.

Vejamos que há influência internacional, trazendo uma análise crítica da imposição da guarda compartilhada obrigatória. Sobretudo em um contexto de violência doméstica, é contundente em defender o presente instituto como violador de direitos de crianças e mulheres. Neste sentido, salienta-se também a posição nacional, sustentada no artigo “A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher”, apresentado na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). O estudo defende que a natureza da relação abusiva existente entre os pais implica em uma impossibilidade de comunicação entre eles, dificultando a guarda compartilhada, que pressupõe a tomada de decisões em conjunto. Assim, propõe-se então que seja estabelecida a guarda unilateral para a mãe, pelo menos enquanto dure a ameaça por parte do agressor⁵⁰.

Por fim, salienta-se que o debate acerca das necessárias mudanças na Lei de Guarda Compartilhada como regra, inclusive em casos de violência doméstica e familiar, é tema constante no Congresso Nacional. Uma série de debates, seminários e encontros vem reunindo lideranças dos movimentos sociais, reivindicando exceções legais à guarda compartilhada obrigatória e abrindo precedentes para que esta legislação seja revista, voltando à redação anterior, conforme dispunha a lei de 2008.⁵¹

d) Lei de Alienação Parental - Um Novo Tipo de Violência Contra Mulheres e Crianças

A Lei de Alienação Parental (LAP) foi inicialmente proposta com o objetivo de proteger crianças e adolescentes dos litígios decorrentes da separação e apresentada como mais uma alternativa legal para coibir abusos psicológicos sobre filhas e filhos do divórcio.

Ocorre que não foi este o resultado da lei, tampouco era este o objetivo real da legislação, que atualmente é utilizada para não permitir que a Lei Maria da Penha seja aplicada corretamente. Ou pior, não permitindo sequer que a LMP, seja invocada nas varas de família, transformando-se a LAP, uma ferramenta perversa contra mulheres, crianças, adolescentes ou famílias que denunciam genitores criminosos.

⁵⁰ CURY, Thais; FUCHS, Lucas e MARTINS, Aquiles. A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher. Universidade Federal de Minas Gerais - Curso de Direito. Disponível em: <<https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/434/391>>. Acesso em 13 nov. 2019.

⁵¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Debatedoras defendem exceções à guarda compartilhada em casos de violência. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/537776-debatedoras-defendem-excecoes-a-guarda-compartilhada-em-casos-de-violencia/>>. Acesso em 10 nov. 2019.

Em um quadro de desequilíbrio de poder político e econômico entre mulheres e homens, de desigualdades no exercício de cuidados na maternidade e na paternidade, alienação parental e síndrome de alienação parental (SAP), síndrome não reconhecida por nenhuma associação científica, nem constando no Código Internacional de Doenças da OMS, entraram, sem nenhum rigor científico, na pauta brasileira. Entre confusões conceituais e a utilização dessas expressões como sinônimas, foi aprovado em 26 de agosto de 2010 o Projeto de Lei 4.053, tornando-se Lei 12.318, a Lei de Alienação Parental, gendrada, masculinista, com caráter coercitivo e punitivo. Ameaças e punições disciplinadoras vão da redução da pensão alimentícia à reversão da guarda com restrição de contato da mãe com a criança.⁵²

O Estado Brasileiro ainda é um estado patriarcal e nosso sistema de justiça não escapa ao androcentrismo e ao sexismo. Na alienação parental as acusações não são neutras: são contra a mulher, a mãe, na vasta maioria dos casos a cuidadora. Reiteram misoginamente nenhum valor atribuído à palavra mulher, que seria mentirosa e implantadora de falsas memórias - especialmente de abusos sexuais de crianças.⁵³

Recentemente, a Lei de Alienação Parental foi revogada no México por ser considerada inconstitucional. Esse conceito de alienação parental busca velar a discriminação existente contra mulheres nos processos judiciais. Essa discriminação acaba por forjar um alibi para violadores de mulheres e crianças, deixando vítimas de violações em total desproteção.⁵⁴

A acusação de alienação parental surge, frequentemente, em um contexto de pós-divórcio e resistência dos homens-pais arcarem com a pensão alimentícia. Não poucos pais consideram a pensão um presente para a mãe. O processo de alienação parental inclui não só a redução, mas até mesmo extinção da pensão alimentícia, bem como a imposição da guarda compartilhada, podendo chegar, inclusive, ao limite da reversão da guarda, com

⁵² ENZWEEILER, José Romano e FERREIRA, Claudia Galiberne. A invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental. Pedofilia, Violência e Barbarismo. Florianópolis Conceito Editorial, 2019, p.47

⁵³ *Ibidem*, p.48.

⁵⁴ ABS, Rubia. Alienação parental: uma nova forma de violência contra a mulher. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contra-mulher-por-rubia-abs-da-cruz/>>. Acesso em 10 out. 2019.

restrição do contato entre a mãe e a criança. Ao menos, abusos sexuais deixaram de existir, ao contrário do que indicadores de várias fontes críveis, qualificadas apontam.⁵⁵

Na mesma linha, contamos com os registros policiais de violência sexual no Brasil ou o Disque 100, onde 70% a 80% dos casos de violência contra crianças e adolescentes ocorrem no âmbito familiar, sendo os pais, seguido dos padrastos, os principais violadores. Exatamente por isso a jurisprudência nacional é clara em valorizar a palavra da vítima em crimes sexuais. Difícil assim compreender, considerando a existência desses dados, porque os psicólogos, assistentes sociais, promotores de justiça e juízes são tão resistentes em aceitar essa triste realidade social, culpabilizando as mães que denunciam as suspeitas de violações.⁵⁶

Ou seja, a alienação parental passou a ser encarada não só como uma situação consequência do litígio entre mães e genitores, mas passou a ser tão grave ou até pior que o abuso sexual ou a violência em geral contra as crianças. Resultando assim na criminalização para as mulheres/mães denunciante e na impunidade para os homens/genitores criminosos.

As disputas jurídicas - políticas, jurídicas, econômicas - em torno da alienação parental e da SAP e sua rápida disseminação pelo Brasil por associações de homens/pais e setores de operadores do direito se devem à permanência da misoginia em nossa cultura e ao andocentrismo do sistema de justiça, mas também como forma de reação às conquistas alcançadas pelas mulheres. Neste caso, caracterizada especialmente pelos ataques à Lei Maria da Penha. Fenômeno ao qual Faluddi designou como backlasch.⁵⁷

Salienta-se ainda, a procedência do conceito de alienação parental e sua, nada coincidente, aplicação no Brasil. O “pai” da Síndrome da Alienação parental, Richard Gardner, “pensava” e “escrevia” como um pedófilo. Tanto que atualmente os seus

⁵⁵ ENZWEEILER, José Romano e FERREIRA, Cláudia Galiberne. A invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental: Pedofilia, Violência e Barbarismo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, p.48.

⁵⁶ ABS, Rubia. Alienação parental: uma nova forma de violência contra a mulher. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contra-mulher-por-rubia-abs-da-cruz/>>. Acesso em 10 out. 2019.

⁵⁷ ENZWEEILER, José Romano e FERREIRA, Cláudia Galiberne. A invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental: Pedofilia, Violência e Barbarismo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, p.48.

seguidores têm falado somente em alienação parental, sem falar mais em síndrome. Isso não muda a base tendenciosa dessa criação.⁵⁸

A materialização da barbárie imposta pela Lei da Alienação Parental pode ser constatada por meio de denúncias em todo o Brasil, através de Coletivos de Mães que se proliferam pelo país, por estarem subjugadas a uma lei que beneficia genitores criminosos. No Rio Grande do Sul, a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa Gaúcha, no de 2017, organizou um momento de denúncia coletiva pública onde mães, avós e famílias que convivem com a violência da imposição da Guarda Compartilhada e da LAP, puderam expor seus casos e que compõe o Relatório Azul de 2017.⁵⁹

Da mesma forma, centenas de casos já foram denunciados em todo o Brasil. O Congresso Nacional vem discutindo a possibilidade de revogação da LAP e as necessárias mudanças na aplicação da guarda compartilhada.

3. CONCLUSÃO

Tendo como base a análise da legislação vigente no Brasil acerca da guarda compartilhada, conclui-se que sua aplicação vem implicando em violações aos Direitos Humanos/Fundamentais das famílias envolvidas neste contexto, sobretudo crianças, adolescentes e mulheres, em virtude da imposição de sua obrigatoriedade. As fragilidades existentes nesta lei se tornam ainda mais latentes, analisando o cenário de violência intrafamiliar permanente que o Brasil apresenta e a desconsideração deste elemento no momento da aplicação do compartilhamento compulsório de guarda, ignorando históricos violentos de genitores.

Verifica-se que a referida legislação se contrapõe a marcos legais garantidores de Direitos Fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a preceitos legais internacionais, reconhecidos mundialmente, como promotores de Direitos Humanos. Neste sentido, constata-se uma incompatibilidade latente com a aplicação da guarda compartilhada

⁵⁸ ABS, Rubia. Alienação parental: uma nova forma de violência contra a mulher. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contra-mulher-por-rubia-abs-da-cruz/>>. Acesso em 10 out. 2019.

⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Relatório Azul 2017: Garantias e Violações Aos Direitos Humanos. Assembleia Legislativa - Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/CCDH/Relat%C3%B3rio%20Azul%202017.pdf>. Acesso em 11 out. 2019.

obrigatória em situações de conflito e/ou violência doméstica familiar, sobretudo nos casos em que existe a adoção de medidas protetivas obtidas com objetivo de proteger mulheres vítimas e seus dependentes, especialmente crianças e adolescentes. Destaca-se a sistemática negligência do sistema de justiça brasileiro que vem desconsiderando a violência contra a mãe como uma violação também em relação à criança/adolescente que convive neste cenário. Não as reconhecendo assim, como vítimas de violência psicológica. E ainda, a não expedição de medidas protetivas extensivas aos dependentes de mulheres vítimas de violência, a partir de um entendimento que essas crianças/adolescentes teriam o “direito” de conviver com o genitor/agressor, em latente violação de Direitos Humanos/Fundamentais. Portanto, em situações como estas, a guarda unilateral para mãe seria a melhor alternativa para garantir o mínimo de estabilidade emocional, psíquica e física para estas vítimas.

Constata-se a leviandade do legislador, com consequências evidentes no confuso texto da Lei da Guarda Compartilhada obrigatória, quando se trata da definição deste modelo de guarda que apenas trata da divisão de tempo em que cada criança ficará com os genitores. Sem observar que a preferência pela mãe, não configura qualquer violação ao princípio da igualdade e da isonomia entre os genitores, sempre que as decisões forem fundamentadas e de acordo com os interesses da criança/adolescente, sobretudo nos casos de crianças em tenra idade, conforme inclusive, recomendações internacionais de garantia de Direitos Humanos. Destaca-se que em reiterados casos, a opção dos genitores pela guarda compartilhada, vem acompanhada da intenção de se eximir da responsabilização do pagamento da pensão alimentícia, e que o fazem sem condições mínimas de garantir cuidados básicos com os menores.

Neste contexto de violação de direitos, a utilização da Lei de Alienação Parental como ferramenta de aprofundamento de violências é uma realidade. Uma vez que a acusação contra mães e/ou familiares maternos, ao denunciarem qualquer tipo de violência contra seus filhos/filhas, é uma prática reiterada de genitores para perpetuação do cotidiano de abusos intrafamiliares, passando pela violência psicológica e culminando com abusos sexuais contra crianças/adolescentes. Tudo com anuência do sistema de justiça, que insiste em desconsiderar a pedofilia como um elemento perversamente presente na vida de milhares de crianças/adolescentes brasileiras. Neste sentido, a ADI 6.273, impetrada pela Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero, questiona integralmente o conteúdo da lei junto ao

STF, solicitando sua inconstitucionalidade, bem como a retirada da norma do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, muito mais que uma tentativa frustrada de impor a guarda compartilhada como caminho para uma “mudança cultural”, à custa da violação de uma série de Direitos Fundamentais de crianças, adolescentes e mulheres, é urgente que se façam ações públicas vinculadas à implementação de políticas que garantam a igualdade salarial de mulheres e homens, bem como o acesso ao trabalho e renda, o enfrentamento à violência contra as mulheres e seus dependentes sob os mais diversos aspectos, o exercício da paternidade consciente e responsável, além de uma análise profunda sobre a real condição da maternidade e da infância/juventude no Brasil. Com certeza, o efeito destas ações geraria um impacto muito positivo para a mudança cultural que uma legislação com caráter violador, como a lei que é objeto deste estudo, não é capaz de fazer.

Desta forma, por todo o exposto, conclui-se que a guarda compartilhada é um instituto que não deve ser imposto e que sua aplicabilidade deve ocorrer, sempre que possível, com análise dos casos concretos, suas particularidades e diferentes sensibilidades, garantindo acima de tudo a integridade física, psíquica e emocional das crianças e adolescentes. Recomendando-se assim, a mudança do texto legal da presente legislação.

REFERÊNCIAS

ABS, Rubia. **Alienação parental**: uma nova forma de violência contra a mulher. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contramulher-por-rubia-abs-da-cruz/>>. Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL, **Constituição Federal Brasileira, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **Secretaria de Direitos Humanos**. Governo Federal. Direitos Humanos Imagens do Brasil, 2010.

_____. **Secretaria de Políticas para as Mulheres**. Governo Federal. Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Debatedoras defendem exceções à guarda compartilhada em casos de violência.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/537776-debatedoras-defendem-excecoes-a-guarda-compartilhada-em-casos-de-violencia/>>. Acesso em 10 nov. 2019.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Direito de Família e Direitos Humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares.** São Paulo: Edijur, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Há 12 anos, o Brasil criou a Lei Maria da Penha. Falta investir na prevenção.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ha-12-anos-o-brasil-criou-a-lei-maria-da-penha-falta-investir-na-prevencao/>>. Acesso em 15 set. 2019.

CURY, Thais; FUCHS, Lucas e MARTINS, Aquiles. **A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher.** Universidade Federal de Minas Gerais - Curso de Direito. Disponível em: <<https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/434/391>>. Acesso em 13 nov. 2019.

DECLARAÇÃO **Universal dos Direitos da Criança.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em 12 out. 2019.

DI NARDO. Louis Ciurilm. **Pensão alimentícia na guarda compartilhada.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63314/pensao-alimenticia-na-guarda-compartilhada>>. Acesso em 05 out. 19.

EBC CIDADANIA. **ECA 25 anos:** confira linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/07/eca-25-anos-linha-do-tempo-direitos-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 13 set 2019.

ENZWEEILER, José Romano e FERREIRA, Claudia Galiberne. **A invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental. Pedofilia, Violência e Barbarismo.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2019.

ESPECIAL CIDADANIA. **Divisão de tarefas domésticas ainda é desigual no Brasil.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/divisao-de-tarefas-domesticas-ainda-e-desigual-no-brasil/divisao-de-tarefas-domesticas-ainda-e-desigual-no-brasil>>. Acesso em 12 out. 2019.

FAMÍLIA. STJ: **Pai que agrediu ex-mulher consegue guarda compartilhada das filhas.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI256217,51045-STJ+Pai+que+agrediu+exmulher+consegue+guarda+compartilhada+das+filhas>>. Acesso em 05 nov. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública de 2019.** Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/13o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-fbsp-2019/>>. Acesso em 30 set. 2019.

GELEDÉS. **Feministas analisam PLC da guarda compartilhada aprovada no Senado.** Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/feministas-analisam-plc-da-guarda-compartilhada-aprovada-no-senado/>>. Acesso em 28 set. 2019.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada.** 3. São Paulo: Cortez, 1998.

IBDFAM. **Crianças são as principais vítimas da violência doméstica, diz assistente.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/10804/Crian%C3%A7as+s%C3%A3o+principais+v%C3%ADtimas+da+viol%C3%A4ncia+dom%C3%A9stica,+diz+assistente>>. Acesso em 22 set. 2019.

_____. **STJ nega guarda compartilhada por falta de consenso entre os pais.** Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/363766615/stj-nega-guarda-compartilhada-por-falta-de-consenso-entre-os-pais>>. Acesso em 22 nov. 2019.

JUSBRASIL. **O que é guarda compartilhada?** Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/404012886/o-que-e-guarda-compartilhada>>. Acesso em 22 set. 2019.

_____. **Princípio do melhor interesse da criança.** Disponível em: <<https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso 05 out. 2019.

LEITÃO, Ariane. **Quando o Estado Legitima a Violência Doméstica: A invisibilidade das vítimas da Lei da Alienação Parental.** Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2019/08/quando-o-estado-legitima-a-violencia-domestica-a-invisibilidade-das-vitimas-da-lei-da-alienacao-parental-por-ariane-leitao/>>. Acesso em 05 out. 2019.

LEITE MATERNO. **Recomendações OMS.** Disponível em: <<http://www.leitematerno.org/oms.htm>>. Acesso em 12 out. 2019.

LIMA, Lucas e BERRUEZO, Lara (editores). **O Livro do Feminismo.** Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Uma História do Feminismo no Brasil.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Azul 2017- Garantias e Violações Aos Direitos Humanos.** Assembleia Legislativa - Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/CCDH/Relat%C3%B3rio%20Azul%202017.pdf>. Acesso em 11 out. 2019.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL. **Debatedoras reclamam alteração nas leis da guarda compartilhada e alienação parental**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/debatedoras-reclamam-alteracao-nas-leis-da-guarda-compartilha-e-da-alienacao-parental>>. Acesso 10 nov. 2019.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Nova “lei da guarda compartilhada”**: Reflexões extraclasse. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DXV7ViDht-A>>. Acesso em 22 set. 2019.

SOTTOMAYOR, Clara. **Temas de direitos das crianças**. Coimbra: Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Clara. **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina. 2016.

TARTUCE, Flavio. **A Lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória** – análise crítica da Lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em 22 out. 2019.

TATSCH, Constança. **Projeto quer revogar Lei de Alienação Parental, acusada de favorecer abusadores**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/projeto-quer-revogar-lei-de-alienacao-parental-acusada-de-favorecer-abusadores-23982956>>. Acesso em 25 nov. 2019.

A EQUIVOCADA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO COM O *COMMON LAW*: PRECEDENTE, TRADIÇÃO E IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO A PRIORI

Camila Paese Fedrigo¹

Resumo: O trabalho examinará a aplicação dos precedentes do *common law* no sistema romano-germânico (*civil law*) adotado no Brasil. A confusão estabelecida entre uniformização jurisprudencial e precedente com foco no futuro impõe o resgate histórico e o exame contemporâneo do tema.

Palavras-chave: Precedentes. Common Law. Súmula.

1 INTRODUÇÃO

Um dos notáveis efeitos da globalização e do avanço tecnológico é a natural tendência de intercomunicação entre os diferentes sistemas jurídicos contemporâneos. A facilidade e a instantaneidade dos contatos conduzem a uma cada vez maior interação entre os diferentes povos e as diferentes culturas. Assim também ocorre em relação aos sistemas jurídicos, percebendo-se a tendência de utilização de institutos alienígenas, oriundos dos mais diversos países.

A par disso, as semelhanças entre os ordenamentos das diferentes famílias tendem a experimentar séria redução. Nesse sentido, Michele Taruffo reconhece a moderna tendência de que se arrefeçam os vínculos entre os membros das “famílias de ordenamentos”, num progressivo e continuado afastamento. Como diz o processualista italiano, “nesse momento parecem ser mais interessantes e importantes as diferenças entre modelos e entre ordenamentos, muito mais do que as tentativas de construir homogeneidades”.²

A partir dessa constatação, Taruffo observa, por exemplo, o esfacelamento do *iceberg* do *common law*, na medida em que o ordenamento norte-americano registra um sistema processual que, atualmente, é muito distinto do sistema processual inglês. Basicamente, tal diferença residiria, segundo o autor, no fato de que o sistema processual norte-americano

¹ Pós Graduada em Direito Constitucional, Pós Graduada em Direito do Trabalho e Pós Graduada em Direito Corporativo e Compliance. Mestranda em Direito. OAB/RS 98.329, ccpaesef@gmail.com

²Ver: TARUFFO, Michele. Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. In: Revista de Processo, n. 181, p. 169, mar. 2010.

não orienta o processo em direção à verificação da verdade dos fatos³, permanecendo, pois, eminentemente adversarial. O próprio Taruffo aponta as bases do modelo:

El proceso *adversary*, y em particular su fase más visible que es el *trial*, desempeña em efecto una peculiar función simbólica, com respecto a la cual son indispensables los aspectos de ritualismo teatral y de formalismo que de varias maneras lo caracterizan: no es casual que se haya delineado la analogia entre el *adversary trial* y el *theater of fact* o los *morality plays* medievales, para subrayar precisamente que no se trata solo de un método para resolver controversias, sino sobre todo de una ‘representación de valores’ en forma simbólica, encaminada a mostrar que tales valores se realizan, y a producir sobre estos consenso y legitimación⁴

Percebe-se, pois, a tendência de afastamento dos ordenamentos, mesmo que oriundos de famílias originalmente convergentes. Essa circunstância serviria para demonstrar, com redobradas razões, a impropriedade da utilização de institutos de sistemas dessemelhantes, como a que se constata no ordenamento brasileiro, com o *common law*.

2. AS DIFERENÇAS DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*

De fato, vem de longe a tentativa de aplicação de institutos do *common law*, como a pretensão de aproximação com o *stare decisis*, implantando-se no sistema pátrio a ótica dos precedentes. Todavia, tal propósito labora em grave equívoco. Os precedentes não denotam significados absolutos cuja aplicação subsuntiva proviria da solução singela de uma universalidade de casos, já que o geral está no precedente e será transportado para o particular presente no caso concreto.⁵

A construção teórica do sistema romano é uma, ao passo que a do sistema do *common law* é outra. Por tal conclusão, é evidente o equívoco de pretensão de simples *importação* de institutos, de um para outro sistema, como se pudessem ser transpostos, através de uma funcionalidade utópica.

³ Segundo Taruffo, isso decorre do fato de que os juízes não exercitam os amplos poderes instrutórios de que dispõem “no louvável intento de não interferir no livre jogo competitivo das partes” (TARUFFO, Michele. Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. In: Revista de Processo, n. 181, p. 169, mar. 2010, p. 171.)

⁴ TARUFFO, Michele. El proceso civil adversarial em la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva. p. 269.

⁵ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6a Edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva Jur, 2017

É preciso considerar, inicialmente, que a própria produção do discurso jurídico está inserida na realidade. É um discurso prático, mas que deve partir da verificação do que está proibido e do que está permitido no ordenamento. Nesse sentido, Alexy⁶ afirma que “El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”⁷. Esse modo de produção faz do discurso um operador entre a lei, a jurisprudência e a dogmática. A sujeição a esses componentes é que produz a racionalidade do discurso jurídico ou, como refere Alexy “la racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables”⁸.

Tais valorações, que conduzem à racionalidade do discurso jurídico, estão estreitamente ligadas à interpretação e à tradição. Como afirma Engisch, “a correcta compreensão dos preceitos esforça-se por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição”⁹.

A tradição é compreendida por Gadamer como “o fundamento de sua validade”¹⁰, constituindo numa forma de determinação de comportamentos, mas que é um momento da liberdade e da própria história. A tradição, assim, é essencialmente conservação, que também é um ato da razão humana, embora não produza o mesmo impacto da inovação. Como completa Gadamer:

Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a supostas mudanças de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade.¹¹

Representa a tradição, assim, a forma pela qual é legada a história, permitindo que o mundo contemporâneo seja informado pelos institutos do passado. É, contudo, tarefa do tempo atual a reconstrução do estado originário, para a efetiva compreensão dos institutos.

⁶ Vale sinalar que as críticas tecidas a Alexy no segundo capítulo não invalidam a afirmação de que o discurso necessita de coerência interna e deve ter um viés pragmático. Posteriormente, com Gadamer, apontar-se-á o complemento que se impõe à teoria alexyana, com a agregação da compreensão e da tradição.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 529. “O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”. (Tradução livre).

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 530.

⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traduzido por J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 144.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 421.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 423.

É isso que Jhering sustenta, ao detectar os vestígios deixados pela Antiguidade e a aptidão do homem contemporâneo, para a percepção dos ideais de antanho:

A história não nos transmitiu, é certo, uma imagem clara do Estado jurídico originário, que se perde nos tempos primitivos da existência dos povos; mas, em compensação, conservou na maior parte das nações, tão numerosos vestígios em seu direito posterior, que estamos aptos a reconstruir cientificamente aquele estado originário e as idéias que então dominavam.¹²

O papel da tradição representa, como diz Streck, a expressão dos princípios da integridade e da coerência, percebendo o caso e o contexto em que o enunciado foi produzido. E assim, um ambiente de *contextualização* da decisão é que garantirá a possibilidade de compreensão.¹³

Ainda, o momento e as circunstâncias em que será aplicada a lei não podem ser desconsiderados, sob pena de perder-se o sentido dos institutos jurídicos, pela desconsideração da historicidade, como afirma Radbruch¹⁴, que termina por reconhecer que a história de um pensamento jurídico não encerra no momento em que ele foi expresso num texto legal. Ao contrário, o tempo futuro se apropriará desse pensamento, da forma como aparecer naquele tempo, desvinculada, a princípio, das motivações do instante em que inserido no texto legal.

Essa apropriação é realizada pela tradição, que faz que os efeitos de um determinado instituto possam transpor-se no tempo, irradiando-se numa dimensão além da temporalidade. É assim que Jhering reconhece tal resultado no campo processual:

¹² JHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Traduzido por Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 95.

¹³ “Como já referi em outras oportunidades, os textos são fatos. Isto porque os textos são o dito de uma compreensão que se deu, necessariamente, como aplicação. Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado. Teremos que buscar – sempre, em face dos princípios da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos de tradição – os casos e o contexto em que esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido imanente desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação” (STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”? In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 289-90, mai./jun. 2009, p. 316.)

¹⁴ O autor refere que “a vontade do legislador, a vontade do Estado que se expressa apenas na lei, que ela busca encontrar, não é a vontade do autor da lei, um fato histórico encerrado; está antes em constante desenvolvimento e responde a novas necessidades jurídicas e a novas relações temporais modificadas com novos significados, dos quais o autor da lei nada podia saber” (RADBRUCH, Gustav. Introdução à Ciência do Direito. Traduzido por Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 218.)

[...] o processo muda, mas as regras da substância do direito, criadas pelo próprio processo, ou por ele calculadas, continuam a durar por algum tempo, em virtude da força da tradição; assim, vemos os cumes das altas montanhas dourados de luz, depois que o astro do dia se oculta no horizonte.¹⁵

A investigação das ciências do espírito não pode realizar-se em simples oposição ao modo como o homem se comporta em relação ao passado. Mergulhado na tradição, o jurista terá de reconhecer-se a si mesmo, constituindo um desafio alcançar a compreensão a partir da separação do comportamento científico daquele natural em relação ao passado. Como alude Gadamer, a tradição expressa-se numa pluralidade de vozes, que se entremeiam no presente, constituindo o processo de investigação.¹⁶

O que satisfaz a consciência histórica é sempre uma multiplicidade de palavras nas quais ressoa o passado. O passado só aparece na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição da qual se participa e se quer participar. A própria investigação histórica moderna não é só investigação, mas também mediação da tradição. Não se vê somente sob a lei do progresso e dos resultados assegurados; nela também se realiza as experiências históricas, pois permite que se ouça cada vez uma nova voz em que ressoa o passado.¹⁷

Compreender é, pois, também permitir a expressão da tradição, que atua através da consciência histórica, agindo numa inserção objetiva e, por isso, envolvendo o próprio ser que compreende. O processo da compreensão, então, realiza-se a partir do próprio ser, dele dependendo e produzindo uma experiência reflexiva. Nesse contexto, a interpretação é que representa a forma explícita de compreensão.

Possível trazer o entendimento de Jhering, no aspecto em que observa que quando uma instituição existe há muitos séculos, “nenhum homem dotado de espírito imparcial pode subtrair-se a convicção de que ela se deve basear em motivos imperiosos”¹⁸.

A conclusão é válida, também, para a percepção dos institutos nos diferentes sistemas jurídicos, conduzindo à necessária cautela na transposição dessas entidades seculares. Tal se

JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Traduzido por Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 14.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 421.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 426.

¹⁸ JHERING, Rudolf Von. *O Fundamento dos Interdictos Possessorios*. Tradução de Adherbal de Carvalho. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves. 1908. p. 9.

aplica, a propósito, não apenas em relação aos diferentes sistemas jurídicos, mas nas diferentes *tradições*¹⁹ jurídicas.

A pretensão de implantação da orientação do *common law*, particularmente em relação aos precedentes, pode ser percebida no direito brasileiro através de sucessivas investidas, inclusive mediante alterações legislativas já consumadas. Assim se deu em relação às frustradas tentativas de implantação da súmula vinculante, que encontraram grande resistência da comunidade jurídica. E, num viés mais recente e que encontrou eco no legislativo, alcançando a alteração das disposições processuais, estão outros institutos trazidos ao ordenamento.

Tais institutos, evidentemente, remetem à regra do precedente, típico e característico do direito inglês, que tem sido utilizado como sustentador da ideia de que a criação de instituto similar, no direito brasileiro, poderia contribuir para a maior efetividade do processo.

Trata-se da conformação daquilo que a doutrina tem denominado instrumentos de standardização da causa e que compreendem, dentre outros, os institutos da repercussão geral²⁰, do sobrestamento dos recursos repetitivos e da inexigibilidade da coisa julgada, sempre que fundada em norma reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou, ainda, em interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal, pelo mesmo tribunal superior.

Todavia, não há compatibilidade entre o instituto do precedente do *common law* e os ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica. Em primeiro lugar, a doutrina que defende uma teoria dos precedentes para o *civil law* acaba por se distanciar da etimologia do

¹⁹ Merryman distingue sistemas jurídicos das tradições jurídicas, dizendo que “una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca el sistema jurídico dentro del ámbito cultural.” (MERRYMAN, John. *La Tradición Jurídica Romano- Canónica*. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 20.)

²⁰ A alteração processual trazida ao Código de Processo Civil, através da Lei 11.418/06, promoveu a exigência de que, para alçar-se um recurso à Corte Constitucional, o recorrente deve demonstrar a repercussão geral que o caso apresenta, em questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, passando a constituir-se, tal repercussão, num pressuposto de admissibilidade do recurso.

termo que quer empregar. Os precedentes têm um fundamento e os instrumentos de estandardização da causa outro.

Para perceber tal distinção, é importante buscar os argumentos que permitiram a construção do instituto do precedente no direito inglês, cujo surgimento, de acordo com René David, tem um marco na conquista pelos Normandos, em 1066. O autor diz que esse foi “um acontecimento capital para a história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado...”²¹ Merryman também concorda com esse momento e sua importância para o direito da *common law*, reconhecendo-o como o marco do surgimento do direito inglês.²²

Inicialmente, o direito inglês foi “profundamente marcado pela preeminência das considerações referentes ao processo”²³, considerações que, muitas vezes, tornaram-se mais proeminentes do que a própria solução do litígio, no plano material. Nesse mesmo sentido, Victoria Sesma traz a ideia de que o direito, na Inglaterra, formou-se num ordenamento que tinha poucas leis escritas, trilhando-se então o caminho da repetição de casos já decididos²⁴.

Essa mesma construção permite vislumbrar a importância que teve o processo no direito inglês, orientado no sentido da solução dos litígios. É por isso que René David afirma que “a *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”.²⁵

²¹ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 357.

²² “La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es el año de 1066, cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra. Si aceptamos esa fecha, concluiremos que la tradición del derecho común es un poco más de 900 años más vieja” (MERRYMAN, John. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 20.)

²³ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. p. 365.

²⁴ Diz a autora: “En aquella época había pocas leyes escritas. Los abogados recordaban a los jueces lo que había pasado en casos anteriores de carácter semejante. Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual. Así nació la doctrina del *stare decisis* y el carácter especial del *common law*. Esta doctrina del precedente judicial era, en su comienzo, nada más que una práctica conveniente para los jueces y la abogacía. En su forma desarrollada llegó a ser obligatoria según la importancia del fallo y el nivel del tribunal que lo impuso. Para lograr esta posición se necesitaron dos cosas: primera, una jerarquía bien definida de tribunales y, segunda, una crónica jurídica digna de confianza” (SESMA, Victoria Iturralde. El Precedente en el Common Law. Madrid: Civitas, 1995. p. 24.)

²⁵ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 365.

E, considerando essa vocação do direito inglês, é fácil perceber que naquele sistema jurisprudencial, é consequência lógica a obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes, respeitando os precedentes judiciários.²⁶

Por sua vez, o sistema do *civil law* com suas definidas características, registra como marca a existência de regras que, inclusive, apresentam-se em toda a formação dessa família. De fato, ainda no Direito Romano estava presente a compilação que, depois, a partir do fenômeno da recepção, foi incorporada ao Direito na Idade Média. Já conhecia o Direito Romano²⁷, também, a distinção entre o direito privado e o direito público que, a partir da recepção, foi trazida ao direito contemporâneo.

Ainda, não se pode olvidar da importância do direito mercantil na constituição do sistema da *civil law*, produzindo-se a partir da formulação das regras estabelecidas pelos comerciantes italianos. Essas regras primitivas consolidaram-se posteriormente no direito mercantil²⁸, que tinha suas fontes nas necessidades do comércio.

²⁶ René David traduz a regra do precedente em três proposições: “1º - As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2º - As decisões tomadas pelo Court of Appeal constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio Court of Appeal; 3º - As decisões tomadas pelo High Court of Justice impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio. (DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 428.)

²⁷ “El Corpus Juris Civilis de Justiniano no se limitaba al derecho civil romano. Incluía muchas cosas referentes al poder del emperador, a la organización del imperio y a una diversidad de otras materias que los abogados de hoy clasificarían como derecho público. Pero la parte de la compilación de Justiniano que se ocupa del derecho civil romano es la parte que ha sido objeto del estudio más intenso y se ha convertido en la base de los sistemas legales del mundo de derecho civil. Otras partes de la compilación de Justiniano han sido estudiadas y usadas con menor cuidado porque han parecido menos aplicables a los problemas de otros pueblos y gobiernos en otros lugares y épocas. En todo caso, la parte del Corpus Juris Civilis dedicada al derecho civil romano es con mucho la mayor.” (MERRYMAN, John. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 27.)

²⁸ “La tercera subtradición, al lado del derecho civil romano y del derecho canónico, es la del derecho mercantil. Es obvio que cierta forma del derecho mercantil es tan antigua como el comercio, pero el derecho mercantil de Europa occidental (y también el derecho mercantil del mundo de derecho común) experimentó su desarrollo principal en Italia en el momento de las Cruzadas, cuando el comercio europeo recuperó el dominio del área mediterránea. Los comerciantes italianos formaron gremios y establecieron reglas para la gestión de los asuntos comerciales. Los pueblos italianos medievales se convirtieron en centros comerciales, y las reglas desarrolladas en estos pueblos – en particular Amalfi, Génova, Pisa y Venecia – influyeron en el desarrollo del derecho mercantil. Al revés de lo que ocurría con el derecho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por los académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación del derecho mercantil se realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes. Las necesidades del comercio y los intereses de los comerciantes, no la compilación de Justiniano ni las de los canonistas, eran las fuentes principales de este derecho”. (MERRYMAN, John. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 36-37.)

Enfim, as abissais diferenças históricas, que se verificam nos dois sistemas, terminaram por produzir institutos que contêm grandes distinções e que, na contemporaneidade, mostram-se até mesmo incompatíveis, pelo que não se revela razoável sua transposição ou utilização em outro sistema.

A própria ideia de coisa julgada registra um viés no *common law* e outro no *civil law*. De qualquer maneira, há notória distinção entre a coisa julgada, as súmulas e o precedente. Castanheira Neves aponta com nitidez essa diferença. O caso julgado não dispõe de potencial para interferir em decisões futuras, vez que se volta para o presente e protege tão-somente os contornos da demanda que o originou. Ademais, ele é reproduzido a partir de elementos já existentes no sistema.

O precedente, ao contrário do caso julgado, produz um novo paradigma, que firma um marco decisório no tempo e vincula as decisões futuras, mas a partir da demonstração, no caso concreto, de sua pertinência aplicativa. Já os assentos (súmulas) são regras gerais e abstratas com origem na lei com o propósito claro de resolver casos futuros. Veja-se que as súmulas registram a pretensão dedutiva/subjuntiva de vincular todos os casos futuros amoldados à regra sumular, ao passo que os precedentes registram apenas a possibilidade de aplicação em hipóteses que, a partir do caso concreto, possam demonstrar a vinculação com o julgado do passado, mas de acordo com a análise particularizada.²⁹

Há um outro aspecto, que também não pode ser olvidado, quando se busca analisar a importação de institutos oriundos de ordenamentos diversos, de diferentes tradições jurídicas. É o fato de que essas *famílias* registram dessemelhanças estruturais, que tornam muito difícil, inclusive, a compreensão dos institutos. A firma David:

[...] o direito inglês vai mostrar-se muito diferente do direito francês e dos outros direitos da família romano-germânica. A sua estrutura não é a mesma que a do nosso direito e nessa diferença reside a maior dificuldade que nos oferece o estudo do direito inglês. A diferença de estrutura que iremos observar é efetivamente total. Ao nível das grandes divisões do direito, não encontraremos nem a distinção do direito público e do direito civil, do comercial, do administrativo ou do direito da previdência social; em lugar destas grandes classificações encontraremos outras como, e em primeiro lugar, a distinção da *common law* e da *equity*.³⁰

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 1983.

³⁰ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 382.

As discrepâncias entre as diferentes famílias também aumentam em vista de que os institutos de um sistema não encontram correlação com aqueles do outro. Isso decorre, também, dos distintos sentidos que os termos têm em cada um dos sistemas. Como aduz René David “não correspondendo a nenhuma noção do nosso conhecimento, os termos do direito inglês são intraduzíveis nas nossas línguas, como o são os termos da fauna ou da flora de um outro país”.³¹

3 A FORMA DE PRODUÇÃO DO DIREITO

Veja-se que a própria forma de produção da ciência jurídica é diversa, nos dois institutos. O direito inglês tem, em sua essência, a *aplicação* da lei ao caso concreto, como condição e requisito de validade da legislação. Isso não ocorre no sistema romano-germânico. Então, o proceder do jurista, no direito inglês, é diametralmente oposto àquele do jurista na tradição da *civil law*. Acerca disso, David diz que:

O jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo? Toda a atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo.³²

O jurista inglês é *herdeiro dos práticos*, algo que está muito distante do proceder do jurista no sistema romano-germânico, afeto à teoria jurídica – porque não se ousar dizer, a uma *pureza*, distante do mundo dos fatos. Curiosamente, a proposta que se anuncia, de incorporação da regra dos precedentes, é alardeada para as hipóteses em que se travam discussões de direito, onde não exista a controvérsia fática. Essa é talvez, a prova cabal da impropriedade da pretensão de incorporação do instituto do *precedente*. Esse instituto, no direito inglês, é aplicado nas questões de fato. Aqui, a pretensão que se tem é, exatamente, trazê-lo para as ditas *ações de massa*, onde a discussão é, eminentemente, da aplicação da lei.

³¹ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 383. Exemplifica o autor dizendo que “Falseia-se o seu sentido, na maioria das vezes, quando se pretende a todo o custo traduzi-los, e a dificuldade não é menor quando a tradução parece não oferecer dúvidas: o contrat do direito francês não é o equivalente do contract do direito inglês, tal como a equity inglesa não é a équité francesa; administrative law não quer dizer droit administratif, civil law não significa droit civil e common law não tem por sinônimo droit commun”.

³² DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 406.

Embora convictos na ideia de incorporar o *precedente*, os juristas que defendem essa concepção não consideram, nem de longe, a possibilidade de utilização da mesma regra nos casos em que se travem discussões que envolvam o exame dos fatos. O jurista inglês, ao revés, está preocupado em demonstrar que o caso que se apresenta a julgamento é similar a outro, já julgado e que lhe sirva de precedente. Acaso algum jurista, no ordenamento jurídico brasileiro, teria a pretensão de incorporar a mesma técnica?

É evidente que não. O que se busca é uma *fórmula mágica* capaz de pôr fim, de modo célere e pragmático, ao cada vez maior estoque de ações judiciais que demandam do Estado a prestação jurisdicional.

Ao diferenciar os direitos das famílias romano-germânicas daqueles da *common law*, David reconhece que, no primeiro sistema, é desnecessário considerar as decisões de jurisprudência como criadoras de regras de direito, haja vista que já se tem um sistema de normas próprio.³³ É por isso que o jurista francês termina por reconhecer que, nos países do direito inglês, “a função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito”³⁴. Ou seja, a jurisprudência no direito inglês tem uma outra função, *criadora* das regras, o que se dispensa no direito da família romano-germânica. Esse aspecto também constitui, pois, mais um motivo para repelir a pretensão de utilização de instituto alienígena.

Há ainda um outro elemento, que também é essencial, na percepção dos precedentes jurisprudenciais obrigatórios da *common law*, já que no direito inglês o juiz não está obrigado a motivar as suas decisões³⁵. A prática da *civil law* vai muito longe desse proceder adotado

³³ Diz René David: “No direito francês e nos outros direitos da família romano-germânica, os princípios do direito foram sempre procurados num corpo de regras preestabelecido: antigamente, *Corpus juris civilis*, hoje, códigos. A jurisprudência nos nossos ‘países de direito escrito’ apenas é chamada a desempenhar, normalmente, um papel secundário: non exemplis sed legibus judicandum est, declara o código de Justiniano. As decisões de jurisprudência podem efetivamente ser dotadas de uma certa autoridade; mas, de modo algum são consideradas, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras de direito. Na verdade, isto seria desnecessário; temos já, independentemente delas, um sistema de regras de direito que basta a si próprio”. (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 427.)

³⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 428.

³⁵ Acerca da desnecessidade de motivação das decisões judiciais no direito inglês, René David afirma que “a decisão inglesa, rigorosamente falando, está reduzida a um simples dispositivo que dá a conhecer a solução dada, pelo juiz, ao litígio: X deve pagar a Y uma determinada soma, o contrato realizado entre X e Y foi anulado, a sucessão de X à pessoa de Y. Os juízes ingleses não têm de motivar as suas decisões; talvez fosse um atentado à sua dignidade impor-lhes essa obrigação: eles ordenam e não têm de se justificar. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002,

no *common law*. Aqui, profundamente influenciados pelo racionalismo e pelo paradigma da certeza, insistentemente buscado pelo juiz e pelas partes, a fundamentação das decisões constitui parte essencial da decisão, quando não a mais importante.

Ao jurista da *civil law* é inconcebível que o juiz decida simplesmente. Ele precisa mais, deve convencer o jurisdicionado de que a decisão é a apropriada para o caso. É claro que esse convencimento é utópico e irrealizável. Não fosse assim, seria muito menor o número de recursos interpostos das decisões. Aliás, tamanha é a veracidade dessa afirmação que, nem de longe, o advogado no *civil law* pensa em utilizar a locução “estou resignado com a decisão...”, numa inequívoca mostra da insistente busca da verdade.

Curioso, também, é que o jurista no sistema romano-germânico não reconhece a autoridade no juiz. Se ele deve convencer, então a sua autoridade é mínima. Também por isso, pois, não se aduna ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do precedente.

Marinoni procura justificar a necessidade de respeito aos precedentes a partir da construção de que, assim, se estaria operando na dimensão da segurança jurídica. Depois de afirmar que “a ideia de submeter o juiz à letra da lei tenha constituído mero sonho da Revolução Francesa”.³⁶ Marinoni sustenta que se fosse de admitir por hipótese, que o juiz não pudesse decidir em desacordo com a norma geral, haveria fatalmente a previsibilidade e, partindo dessa premissa, vai à conclusão de que “isso significa que é correto pensar que a ideia de submissão do juiz ao legislador colaborou para a formação de um sistema despreocupado com o respeito aos precedentes”.³⁷

Todavia, não se pode esquecer que é da essência da ciência jurídica a compreensão e a interpretação. Não é porque se buscava a segurança jurídica que se esqueceu o respeito aos precedentes. Isso ocorreu dessa maneira porque tal instituto não é da essência da família romano-germânica que tem a lei como substitutiva do precedente.

A propósito da segurança jurídica, parece mais apropriada a compreensão de Engisch que, ao tratar do modo de produção da ciência jurídica, no sistema romano germânico, reconhece que a ideia de que se poderia garantir a segurança jurídica através da legislação remonta ao Iluminismo.³⁸ Porém, Engisch percebe o declínio dessa concepção,

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 218.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 219

³⁸ “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir

especialmente a partir do século XIX, reconhecendo a impraticabilidade do postulado da estrita vinculação do juiz à lei. Considera, então, que os tribunais foram dotados de liberdade de decisão “para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade.”

Não poderia, de fato, ser diferente. A vida e as suas diferentes formas de expressão não podem ser aprisionadas na redução de uma norma abstrata.

Veja-se que a partir da utilização da regra do precedente, o direito inglês passou a permitir que a maneira como a lei inglesa fosse sendo aplicada poderia sobrepor-se à própria lei. Embora isso conduza, por vezes, ao efeito de que a finalidade que a lei buscava possa ser esquecida, existe aí um ponto interessante ao debate que se propõe. O direito inglês, em essência, exige o precedente, o que não se aplica ao sistema romano-germânico, onde o papel do precedente é exercido pela própria lei. Nesse ponto, David afirma que:

[...] as disposições da lei inglesa acabam rapidamente sendo submersas por uma massa de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade se substitui a dos textos legais; o espírito geral da lei arrisca-se a ser esquecido e a finalidade que ela procurava atingir perde-se de vista, no emaranhado das decisões que se destinaram a resolver, cada uma delas, um ponto de pormenor particular.³⁹

Mais uma vez, retorna-se à questão de que não se pode aprisionar a realidade numa norma abstrata, sendo inconcebível o exercício da atividade jurisdicional sem que se permita, ao julgador, o exercício da discricionariedade. E aqui não se quer emprestar ao termo o olhar da arbitrariedade, da ausência de fundamentação e do decisionismo. Importa referir que a discricionariedade representa, como quer Ovídio Baptista, a possibilidade de escolha da pluralidade de aspectos que permeiam o caso concreto.⁴⁰

Marinoni, por sua vez, remete a atenção para a questão do duplo grau de jurisdição, qualificando de curiosa a ênfase que o *civil law* deu a tal princípio. Refere o processualista que “se o juiz apenas pode declarar as palavras da lei, não há razão para se ter dois juízos repetitivos sobre o mérito”⁴¹. A partir dessa constatação e da percepção de que o direito do *civil law* não acolheu o precedente, Marinoni elabora a construção de que seria injustificável

uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo”. (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Traduzido por J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 206.)

³⁹ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, 431.

⁴⁰ Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Epistemologia das Ciências Culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 219.

negar-se aos juízes de primeiro grau o poder de decisão das questões mais singelas, ao tempo em que se permite que confrontem os tribunais superiores.

Acerca da pretensa utilização dos precedentes no direito brasileiro, Streck destaca que:

O grande problema desta metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe é indelevelmente avessa, porquanto a sua carga de eficácia vinculante não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no precedente institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso.⁴²

A preocupação com a certeza representou uma das marcas do racionalismo. A certeza galgou a categoria de um valor jurídico abstrato, cuja atuação é comparada por Merryman “come la regina nel giuoco degli scacchi può muoversi in ogni direzione”⁴³. A certeza torna-se, assim, um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, gerando uma ciência processual mecanizada.

No direito inglês, os precedentes registram força superior à da lei, na medida em que esta tem caráter cogente a partir da sua aplicação pelos tribunais, expressando-se, então, no precedente. No caso do direito brasileiro, situação similar se repete em relação às súmulas, o que foi muito bem percebido por Streck, que assevera, “*no fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula*; a diferença é que, por incrível que pareça, as súmulas vinculantes os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as súmulas vinculantes”.⁴⁴ E segue o jurista, elucidando o sistema inglês:

⁴² STRECK, Lenio. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”? In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 289-90, mai./jun. 2009, p. 310.

⁴³ MERRYMAN, John. La Tradición Jurídica Romano-Canônica. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 73.

⁴⁴ STRECK, Lenio. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”? In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 289-90, mai./jun. 2009, p. 317. Ainda, conclui o autor: “Por exemplo, antes da Súmula vinculante 10, os tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam aos arts. 97 da CF e 480 e ss. do CPC. Com a edição da Súmula vinculante 10, passaram a obedecer. Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme em nulidade parcial sem redução de texto. E olha que a Súmula vinculante 10, examinada em seu “DNA”, nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não? Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por quê? Porque elas não diminuem e, sim, aumentam a competência dos juízes. Eles e os tribunais é que ainda não se deram conta. O que é lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. E nem os juízes. Tudo dependerá de que paradigma estarão olhando as súmulas

[...] o Direito, tanto para o jurista inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as regras de Direito produzidas pelo legislador (*statutes*) como algo “anormal” no sistema. De qualquer maneira, tais regras (*statutes*) são sempre melhor assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais, mormente se se tratar do Direito norte-americano. Quando não existe precedente, diz-se que “There is no law on the point”, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise.⁴⁵

Na mesma construção, David traz a peculiaridade da regra de direito inglesa, quando afirma que ela “não é colocada abstratamente em uma fórmula legal. Os fatos penetram na estrutura do direito inglês e eles próprios entram, muitas vezes, na classe de regra de direito”⁴⁶. Isso, talvez, justifique o fato de que as regras são sempre melhor assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais.

No tocante ao sistema judiciário norte-americano é necessário compreender o seu evidente caráter político, bem percebido por Marie Toinet, quando afirma que “la originalidad del sistema judicial estadounidense se deriva del lugar que ocupa en el estado y de su inmenso poder *político*”.⁴⁷ Ainda, no caso dos Estados Unidos, imprescindível referir que a regra do *stare decisis* não é intangível. Toinet argúi que, “el precedente es un elemento importante e incluso puede ser fundamental, porque no es exclusivo de otras fuentes del derecho. El sistema judicial estadounidense ha dado pruebas de una grand flexibilidad”.⁴⁸ A sua vocação jurisprudencial o torna, naturalmente, um sistema que congrega grande flexibilidade, especialmente porque a produção da regra se dá diante do caso concreto.

A aproximação com o direito inglês, pela apropriação do instituto do precedente encontra óbices históricos, metodológicos e funcionais. A historicidade, fio condutor da construção processual moderna, repele a pretensão, porque os sistemas jurídicos registram diferenças insuperáveis. No plano metodológico, também não se recomenda a pretendida importação do instituto, inclusive porque o precedente opera num plano muito diverso

...! Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os “conceitos jurídicos indeterminados” já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento da tensão de poderes, o Judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada”.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 55.

⁴⁶ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 414.

⁴⁷ TOINET, Marie-France. El Sistema Político de los Estados Unidos. Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordan. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 194.

⁴⁸ TOINET, Marie-France. El Sistema Político de los Estados Unidos. Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordan. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 217

daquele da coisa julgada. O que se objetiva, no ordenamento jurídico pátrio, é incorporar a regra do precedente, elastecendo o seu alcance inclusive para a coisa julgada: o procedimento, no direito inglês, não prevê nem permite tal alargamento do instituto.

E, enfim, no plano funcional, a impropriedade transparece a partir da impossibilidade que se vislumbra, no ordenamento jurídico, de utilização das premissas próprias do precedente, inclusive de forma retroativa. No caso brasileiro, o que se busca é transpor a regra do precedente, no rumo da relativização – não seria melhor dizer desconsideração? – da coisa julgada, quando se sustenta a inexigibilidade do título executivo, oriundo da decisão transitada em julgado, sempre que, em decisão *posterior* da corte constitucional, se entenda incompatível com o fundamento genético.

Nesse contexto, como premissa, é imperioso repisar as principais distinções existentes entre o precedente adotado no *common law* e as bases da tentativa (equivocada) de emprego do paradigma no sistema pátrio. No sistema inglês o precedente é utilizado como amparo de uma decisão para o caso presente.

A *Doctrine of bindign precedent* (doutrina dos precedentes obrigatórios) tem vinculação íntima com o *Law Reports*, sendo que a legislação registra influência mitigada nas decisões. O juiz, a partir do *stare decisis*, emprega as regras consuetudinárias, lançando mão do “exemplo” dos casos já julgados.⁴⁹

No sistema romano-germânico, apesar da supremacia da lei⁵⁰, a pretensão que tem se constatado com as formas de standardização da causa é a utilização de precedentes obrigatórios com vinculação voltada para o futuro – no caso da sumularização –, ou para o passado, no caso da (des) consideração da coisa julgada.

Mas o mais grave é que, ao contrário do sistema americano, a importação malsucedida do direito brasileiro dispensa a fundamentação das decisões, pois fruto da aplicação de um verbete jurisprudencial cujo emprego não precisa nem sequer ser justificado. Basta a colação do enunciado, independentemente da adequação ou não da

⁴⁹ Ver: Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 46. E também CUETA RÚA, Julio. El Common Law. Buenos Aires, La Ley, 1957.

⁵⁰ Como sinala Lenio Streck, a lei tem valor relativo no sistema inglês. “Tradicionalmente, o Direito Inglês tem considerado o Direito legislativo – statute law – como algo secundário, de onde não se deve buscar os princípios gerais do Direito e cuja função se reduz a aclarar ou retificar, em casos específicos, os princípios assentados através do trabalho dos juízes” (Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 42.)

decisão. No *common law*, e, especialmente no direito norte-americano, como sublinha Dworkin, a fundamentação da decisão é imperiosa.

Os juízes devem tomar suas decisões no *common law* embasados em princípios, não em políticas: devem eles argumentar acerca do porquê as partes tinham, de fato, “novos” direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem que sejam cumpridos.⁵¹

Ademais, as súmulas e a relativização firmam um sistema estanque, de total subordinação à jurisprudência⁵², vez que o conteúdo de uma súmula de caráter vinculativo só poderá ser revogado pelo tribunal que a emanou. Vale sublinhar que mesmo a edição de uma lei, em tese, comportaria interpretação contrária do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição) e permitiria a manutenção do verbete sumular.

A rígida regra, que já peca pela imposição de um enunciado sintético, impedindo a discussão compreensiva/aplicativa como ocorre no sistema americano, ainda apresenta incongruência por determinar uma vinculação absoluta. Por sinal, esse fato não ocorre nem no *common law*, que permite alterações de paradigmas jurisprudenciais estabelecidos. Nesse sentido, as cortes superiores podem afastar os termos de decisões adotadas pelas inferiores e também modificar a jurisprudência vertida por elas mesmas.⁵³

Esse fenômeno, denominado de *override*, é acompanhado pela possibilidade de mudança das regras pela legislação. Assim, embora tenha como parâmetro essencial a vinculação às decisões do passado, também o *common law* admite a adoção de novos rumos. A mesma sorte não é reservada à relativização da coisa julgada e às súmulas no Brasil, impondo-se o sufocamento do contraditório, ante a impossibilidade de contra-argumento. Além disso, cabe sublinhar que o efeito duplo face almejado no *common law* distingue-se

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986. p. 244.

⁵² Como aponta Streck: “[...] em nosso sistema jurídico, os precedentes jurisprudenciais - dos quais a Súmula é corolário - exercem, dia a dia, maior influência no imaginário dos juristas. Essa influência, porém não deve(ria) ser exagerada, sob pena de se impedir que o direito sofra modificações decorrentes das mutações sociais, além de tolher a liberdade do intérprete/aplicador da lei [...] Na prática, as súmulas passaram a ter eficácia e valor superior às próprias leis, sendo que, em muitos casos, muito além de serem interpretativas das normas vigentes, passam a ser, como já exposto anteriormente, fontes criadoras de leis, editadas contra as leis vigentes (súmulas contra legem e contra a Constituição Federal (súmulas inconstitucionais). [...] Destarte, o problema se torna mais grave no momento em que tais decisões assumem eficácia erga omnes, transmudando-se de normas individuais em textos normativos. Por isto, essa sistemática pode gerar a inércia dos juízes, imutabilidade na jurisprudência e abstração dos fundamentos legais da decisão. (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 220.)

⁵³ *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 46-9. E também JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y Peculiaridades do Sistema Legal Inglês*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

sobremaneira da pretensão jurisprudencial universalizante que se quer implementar no direito brasileiro:

A decisão judicial apresenta dupla função: a primeira, que não é peculiar àquele Direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal, pois na doutrina da *res judicata*, as partes não podem tornar a discutir questões já decididas. A segunda função da decisão judicial – característica da decisão inglesa –, é estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma.⁵⁴

As decisões no sistema inglês, assim, acolhem a aplicação do precedente após exaustivo debate, que não prescinde do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Após a identificação e demonstração cristalina da vinculação, evoca-se a doutrina da força obrigatória dos precedentes (*Doctrine of binding precedent*) e aplica-se ao caso objeto do litígio. O precedente, dessa forma, por mais que sugira o binômio passado/futuro, na verdade, como sinalado alhures, se aplica ao presente.⁵⁵

Ainda, de acordo com Baptista da Silva, os precedentes não são utilizados para consolidar e cristalizar a jurisprudência, mas como meio de garantia da evolução do direito, admitindo, como sinalado precedentemente, a negativa aplicativa:

[...] os juízes do *common law* podem recusar-se a seguir o precedente, mostrando que o caso de que se cuida apresenta peculiaridades que o fazem diverso daquele que permitira sua criação; ou mesmo por apresentar-se o precedente destituído de razoabilidade, aos olhos do julgador.⁵⁶

Não há, portanto, a mínima parecença entre a teoria dos precedentes do *common law* e a tentativa de standardização do direito praticada no Brasil. Nesse cenário, a (des)consideração da coisa julgada prevista no Código de Processo Civil como meio alternativo à ação rescisória, mediante arguição na fase de execução/cumprimento, não se justifica em

⁵⁴ Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59.

⁵⁵ Nesse talante, as ponderações do Prof. Streck, em abordagem questionadora acerca do precedente, desenvolvida a partir da doutrina de Brumbaugh: “A autoridade do precedente dependerá e estará limitada aos ‘fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar’. Em razão disso, os precedentes não devem ser aplicados automaticamente. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente o dictum, que goza somente de força persuasória. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os dicta têm relevância no contexto da decisão de que é integrante? Mais, ainda, pergunta o autor: ‘A corte ou o juiz que o proferiu goza de especial respeito por sua sabedoria ou cultura jurídica? O dictum é razoável?’” (Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 62-63.)

⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Sentença e Coisa Julgada. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 301-302.

face da aplicação de um precedente jurisprudencial editado por um tribunal superior. Sua implementação é arbitrária, especialmente porque, além de ferir a estabilidade da demanda, retira da parte prejudicada a possibilidade de questionamento da nova decisão.

A tentativa de comparação do *civil law* com o *stare decisis* norte-americano encontra fundamento filosófico que reclama pronto repúdio, porquanto amparado em significados absolutos, de viés aristotélico-tomista⁵⁷, que resgatam a subsunção positivista. O intento é de aplicar o dito precedente – que, na verdade, é um verbete estandardizante – a uma universalidade de casos. Mais, o esteio, em regra, é o argumento exclusivamente de direito, ao passo que no *common law* as situações de fato é que preponderam.

CONCLUSÃO

A almejada efetividade da tutela jurisdicional não será alcançada com a simples adoção de institutos estranhos ao ordenamento. Para sua aplicação bem-sucedida, devem-se considerar as questões próprias de cada sistema, bem como o modo de produção jurídica dos diferentes ordenamentos. Não se tratando de ciência exata, mas de ciência do espírito, o Direito exige ainda a percepção do papel da tradição, aceitando que somente a partir da contextualização das decisões se poderá realizar, efetivamente, o seu desiderato.

Estabelecida a impossibilidade de emprego da *doctrine of bindign precedent* no *civil law* e demonstrados os graves equívocos da sustentação de tal tentativa, bem como a vinculação do argumento com a (des) consideração da coisa julgada e as formas de estandardização da causa, necessário debruçar-se sobre as teorias da justiça e dispor acerca das alternativas de superação do modelo massificador, bem como do incremento da democracia no processo, que deve ser reconhecido como uma garantia constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6a Edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva Jur, 2017

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Sentença e Coisa julgada**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

CUETA RÚA, Julio. **El Common Law**. Buenos Aires, La Ley, 1957.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Londres: Fontana Press, 1986.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Traduzido por J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traduzido por Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

JÁUREGUI, Carlos. **Generalidades y Peculiaridades do Sistema Legal Inglês**. Buenos Aires: Depalma, 1990.

JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**. Traduzido por Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: JusPodvim, 2010.

MERRYMAN, John. **La Tradición Jurídica Romano- Canônica**. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Traduzido por Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6a Edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas Vinculantes em Terra e Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 289-90, mai. /jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARUFFO, Michele. **Icebergs do Common Law e Civil Law?** Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. In: Revista de Processo, n. 181, p. 169, mar. 2010.

TOINET, Marie-France. **El Sistema Político de los Estados Unidos.** Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordan. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

A ONEROSIDADE EXCESSIVA COMO FORMA DE REVISÃO E RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Carina Machado Simões Pires¹

RESUMO: O presente artigo tem como tema a onerosidade excessiva contratual, que pode ser apresentada em forma de revisão ou mesmo de resolução contratual. Para tanto, algumas teorias são utilizadas, como também alguns pressupostos precisam ser analisados. Ainda, é necessária uma análise deste tema no que concerne a legislação vigente, bem como as justificativas e possibilidades para a utilização deste instituto como forma de revisão e resolução contratual.

Palavras-chave: Direito contratual. Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Direito civil. Contratos.

1 INTRODUÇÃO

O significado de onerosidade excessiva é, de forma sucinta, o desequilíbrio econômico das prestações de um contrato. Parte-se do princípio de que todo o contrato oneroso envolve uma troca econômica, numa relação de equivalência. Porém, quando a troca de prestações não se presta no momento do acordo ou quando as prestações são firmadas de forma continuada, para perdurarem no tempo, pode surgir o desequilíbrio contratual, em virtude de fatos supervenientes, de forma a frustrar a relação contratual entre as partes.

A onerosidade excessiva não surgiria se não fosse o passar do tempo nas relações contratuais, ocorrendo sempre que o cumprimento da obrigação, oriunda do contrato, não surgir imediatamente após o seu nascimento. Só acontece quando a obrigação ainda pode ser cumprida, porém de forma excessivamente onerosa, ou seja, havendo perda de equivalência. Com isso, é possível tanto a adaptação dos termos do contrato ao novo contexto, como a extinção da relação contratual.

Justifica-se a escolha desse tema, pois a figura da onerosidade excessiva se faz presente de forma comum nas relações contratuais, no cotidiano de quem contrata e no Código Civil em seus artigos 478 a 480 e 317. Ocorre que, o contrato é criado para ser

¹ Formação Superior em Direito pela PUC-RS e em Administração de Empresas pela ESPM, Pós Graduação em andamento em Direito Digital pela FMP. OABRS 117393.

cumprido, conforme negociação e acerto entre as partes. No momento em que há desequilíbrio entre elas, providências devem ser tomadas.

2 O CONTRATO E O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

Existe mais de uma forma para expressar o sentido de contrato.² O contrato é a fonte de obrigação mais comum e importante, tendo em vista suas diversas formas e repercussões no mundo jurídico.³

Carlos Roberto Gonçalves conceitua:

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, uma espécie do gênero do negócio jurídico.⁴

O contrato é um negócio jurídico através do qual as partes, utilizando-se dos princípios da autonomia privada, função social e da boa-fé objetiva, delimitam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, de acordo com a autonomia de suas vontades. Uma das funções da boa-fé objetiva, inclusive, é a função de interpretação, conforme o artigo 113 do Código Civil⁵.

E, conforme o referido Código, no artigo 421 do Código Civil de 2002⁶, um dos objetivos da função social é a liberdade de contratar. Assim, entende-se que a função social referida na lei diz respeito a uma limitação de contratar no sentido de invalidar os contratos que não a cumprem. “A liberdade contratual nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios de ordem pública.”⁷

² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.5.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.21.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.22.

⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. **Código Civil de 2002**. BRASIL. Código Civil. 2002.

⁶ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. **Código Civil**. 2002.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 383.

O contrato é um ato nitidamente intencional.⁸ A palavra *contractus*, significa relação duradoura. Assim, o verbo *contrair* possui seu significado original, no sentido de contrair obrigações.⁹ Sempre que, do negócio jurídico, surgir um mútuo consenso, do encontro de duas ou mais vontades, é criado o contrato.¹⁰ Esse consensualismo presume igualdade de força e poder entre os contratantes. Porém, esse ideal nunca foi atingido.¹¹

Pode-se afirmar, que nas últimas décadas, os contratos vêm passando por diversificações e especializando-se em modalidades multifacetárias. Atualmente, não se pode mais definir um tipo genérico, por exemplo, de um contrato de Compra e Venda, mas sim inúmeras formas de venda que seguem regras diversas, ainda que o negócio jurídico receba o mesmo nome. Pode-se fazer, ainda, associação desta situação aos contratos de locação, onde é possível encontrar no inquilinato, quando se trata de locação imobiliária, princípios específicos, muitas vezes contrários aos dos postulados clássicos da locação.

Assim, tanto o contrato de locação como o contrato de compra e venda descritos no Código Civil de 2002 apresentam princípios básicos que muitas vezes não coincidem com as várias espécies atuais de locação e de compra e venda, não apenas porque as partes definem os negócios de formas distintas, mas porque diversas vezes o contrato é dirigido pelo legislador que define normas indispensáveis, como por exemplo, ocorre na locação imobiliária.¹²

Assim, o cumprimento efetivo dos contratos é um componente de utilidade que satisfaz, além dos próprios contraentes, a sociedade, com a finalidade de manter as relações sociais afastadas dos conflitos.¹³

⁸ COELHO, Fábio Uolha. **Curso de Direito Civil, 3: Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012,p.33.

⁹ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.385.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 22

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 376.

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Volume III. Contratos em Espécie**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p.1

¹³ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.38.

2.1 O princípio da autonomia privada e da equivalência material

A autonomia privada, no concerne contratual, engloba a liberdade contratual e a liberdade de contratar. A primeira possui foco no conteúdo do contrato, no seu interior, com foco nas suas cláusulas; a segunda é a liberdade que todas as pessoas têm de celebrarem contratos ou pactos de acordo com a sua vontade e necessidade.¹⁴ A autonomia privada sujeita-se da existência de um equilíbrio entre as partes.¹⁵ A terminologia é controversa, a expressão mais antiga e divulgada é a autonomia da vontade. As denominações são diferentes e cada uma possui uma finalidade.¹⁶

Paulo Lôbo diferencia:

Com relação às duas denominações mais difundidas, a autonomia da vontade exprime o predomínio do individualismo e da soberania da vontade individual, principalmente no século XIX e no início do século XX (teoria da vontade, ou subjetivista), enquanto a autonomia privada distancia-se da vontade interior e atribui primazia à sua exteriorização e à limitação posta pelo ordenamento jurídico (teoria da declaração, ou objetivista), por exigências de justiça social.¹⁷

O Código Civil de 2002 refere que a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato e instiga as partes contratantes a agirem com probidade e boa-fé, conforme os artigos 421 e 422 do referido Código¹⁸, abrindo uma perspectiva no universo dos contratos, ainda que os princípios já fossem conhecidos anteriormente, tratando-se, assim, da aplicação moderna da lógica do Direito. Assim, não mais a propriedade, e sim o contrato se torna o instrumento base do mundo negocial. Por consequência, não é possível afirmar que o contrato esteja em crise devido às mudanças. Na verdade, o que está em crise é a própria evolução da sociedade em geral, nas mudanças sociais que exigem, dos juristas, respostas mais rápidas.

¹⁴ BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: O equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 194.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Civil 3: Contratos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.41.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59

¹⁸ Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Código Civil, 2002.

O referido Código buscou apresentar o contrato como um elemento de eficácia social, imputando a ideia de que o contrato deve ser cumprido em prol da sociedade e não somente do credor. Obviamente que, toda obrigação não cumprida gera uma perturbação social e não atingindo negativamente somente o contratante isolado ou o credor, mas toda a comunidade que ele pertence.¹⁹

Pode-se afirmar que a noção de autonomia privada foi criada na tentativa de compatibilizar o reconhecimento do poder de os interessados disporem de seus próprios interesses, de uma forma eficaz e válida. Este princípio, além disso, tem como objetivo regular os interesses mútuos por meio de acordos.²⁰ “O princípio da autonomia privada não é ilimitado. Balizam-no a ordem pública, a moralidade, a proteção da vontade livre e consciente das partes e dos contratantes débeis.”²¹

Assim, as limitações existentes e que acompanham este princípio, não reduzem o caráter fundamental do direito dos contratos. Pois, mesmo quem contrata com pouca liberdade, ou seja, sem ter a opção de não contratar, sem poder escolher a outra parte contratante e sem condições de negociar as cláusulas estabelecidas, está cedendo sobre os seus interesses por meio do exercício de uma faculdade reconhecida pela ordem jurídica.²² “No ordenamento, portanto, há normas cogentes que não poderão ser trocadas pelas vontades das partes. Há normas supletivas que operarão no silêncio dos contratantes”.²³

A doutrina trata o princípio da equivalência material como axial à função social do contrato. Assim, ele somente poderá alcançar o seu objetivo, como sendo o equilíbrio das prestações entre as partes pactuantes, se atuar em conjunto com o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.²⁴ O sentido de equivalência é o de justa proporção entre as prestações dos contratos.²⁵

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 377.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012,p.23.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012,p.24.

²² COELHO, Fábio Uolha, **Curso de Direito Civil 3: Contratos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012,p.25.

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 384.

²⁴ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.405.

²⁵ BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: O equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 175.

O objetivo é “alcançar e efetivar a harmonia real, verdadeira, entre direitos e deveres ajustados em um contrato, afivelado, decerto às exigências da justiça comutativa.” Este princípio apresenta duas perspectivas: subjetiva e objetiva. Na perspectiva subjetiva, considera-se primeiramente a vulnerabilidade do sujeito, a partir da situação fática. Já a perspectiva objetiva, ocorre quando não existe vantagens entre as partes ou de excessivas proporções, é, em suma, quando há proporcionalidade nas prestações assumidas²⁶

Paulo Luiz Neto Lobo, em sua obra, descreve:

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude das circunstâncias supervenientes que levem à onerosidade excessiva para uma das partes.²⁷

O contratante com melhores condições de negociação, com mais poder em razão da sua saúde financeira, da sua condição patrimonial e econômica, por exemplo, não deve ter mais vantagens em relação ao mais fraco, ou que tenha menos poder. O que se busca, no entanto, é somente uma relação contratual justa, mas de forma alguma, que seja plena e absoluta. Assim, o Código Civil brasileiro define algumas sanções em face do desequilíbrio econômico-material do contrato,²⁸ como, por exemplo, a possibilidade de rescisão contratual.

²⁶ MELGARÉ, Plínio. **A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual.** In: MELGARÉ, Plínio (organizador), et al. **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014,p.384.

²⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos Morais e Direitos da Personalidade** In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), **Grandes Temas da Atualidade –Dano Moral – Aspectos Constitucionais, Civis, Penais e Trabalhistas.** Rio de janeiro: Forense, 2002.

²⁸ MELGARÉ, Plínio. **A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual.** In: MELGARÉ, Plínio (organizador), et al. **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014,p.385.

2.2 A possibilidade de rescisão contratual por quebra de equivalência

A previsão está presente em todo o contrato, porém, há sempre margem de oscilação referente ao ganho e a perda, no que tange ao lucro ou prejuízo. Mas, quando o nível de razoabilidade é ultrapassado, atinge diretamente o plano do desequilíbrio.²⁹

A quebra da equivalência ocorre quando há significativo desequilíbrio entre as prestações assumidas. A lesão sofrida pode ser caracterizada como uma desproporção entre as prestações recíprocas. Assim, caracterizada a lesão, por consequência, tem-se a invalidade do ato.³⁰ “Se a equivalência desaparece em razão de causas extraordinárias, o obrigado tem o direito a que se restabeleça a perspectiva da prestação”³¹.

O Código Civil introduz de forma expressa, em seu artigo 157, “o instituto da lesão como modalidade de defeito do negócio jurídico caracterizado pelo vício de consentimento.

”³²

Carlos Roberto Gonçalves define lesão:

Lesão é, assim, o prejuízo resultante da enorme desproporção existente entre as prestações de um contrato, no momento de sua celebração, determinada pela premente necessidade ou inexperiência de uma das partes. Não se contenta o dispositivo com qualquer desproporção: há de ser manifesta.³³

No entanto, não se confunde a lesão com os demais vícios de consentimento. No erro, por exemplo, o agente pode manifestar sua vontade ao ignorar parte da realidade ou tendo uma falta perspectiva dela, pois se soubesse a realidade, não realizaria o negócio. Porém, na lesão isso não ocorre, pois, a parte tem ideia da desproporção do negócio e dos valores.³⁴

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume 3. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 66

³⁰ MELGARÉ, Plínio. **A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual**. In: MELGARÉ, Plínio (organizador), et al. **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.385-86

³¹ SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. São Paulo: Editora Método, 2004, p.229

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 442.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 442.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 444

A lesão acarreta uma ruptura do equilíbrio contratual e, por isso, destaca-se dos demais defeitos do negócio jurídico.³⁵ Embora exista semelhança entre a lesão e a onerosidade excessiva, nesta última o fato ocorre além da vontade dos contratantes, já que no momento da celebração do contrato, as prestações eram equivalentes. Posteriormente, diante de fato imprevisível e extraordinário, é que a prestação tornou-se desproporcional. No entanto, para que se enquadre como lesão, é necessário considerar a ilicitude como fator preponderante. Assim, no momento em que se é surpreendido por fato anormal e imprevisível, estará agindo com licitude.³⁶

A quebra da equivalência material precede consequências, sendo uma delas a determinação de nulidade de parte ou de todo o contrato, por violação do princípio e a outra, a interpretação do contrato em consonância com o princípio, quando for viável a preservação do contrato ou de parte dele.³⁷ Faz necessário entender, então, quais são as teorias que permitem a modificação e a extinção dos contratos.

3 TEORIAS QUE PERMITEM A MODIFICAÇÃO OU EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Algumas teorias norteiam a aplicabilidade da onerosidade excessiva, como: teoria da base objetiva do negócio, teoria da imprevisão, cláusula rebus sic stantibus e a teoria da excessiva onerosidade.

3.1 Teoria da base objetiva do negócio

Um dos principais criadores da Teoria, Karl Larenz, refere que a base objetiva do negócio pode ser definida como as condições e o estado geral das coisas da qual a existência é expressamente necessária para que o contrato perdure, de acordo com o significado das intenções dos contratantes.³⁸

Luis Renato Ferreira da Silva complementa:

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 445.

³⁶ SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato.** São Paulo: Editora Método, 2004, p. 205.

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

A teoria que mais aceitação teve no período do pós-guerra foi a de KARL LARENZ, para quem, sem ser unitariamente considerada, a teoria da base do negócio pode ser subjetiva ou objetiva. Naquela, incluir-se-iam as circunstâncias ou representações partilhadas pelas partes contratantes e que tivessem influído sobre o consentimento. Já a base objetiva engloba cada circunstância cuja presença ou manutenção é objetivamente necessária para que o contrato possa se constituir em uma regulamentação sensata.³⁹

Essa teoria tem em vista o fundamento do negócio como um todo e não somente o motivo que cada um levou a contratar. Este fundamento corresponde às circunstâncias que envolvem o contrato, o que constitui a base negocial. A obrigação do cumprimento das obrigações pela parte devedora, em face das mudanças ocorridas, ou ainda, a supressão da base legal, seria ir em sentido oposto à boa-fé.⁴⁰

“A base objetiva do contrato, pode ser definida como o conjunto de circunstâncias, cuja existência ou persistência pressupõe adequadamente o contratado, ainda quando ignorado pelas partes”⁴¹. Essa teoria “constitui-se no conjunto de fatores duradouros que, no futuro, possam interferir de forma primordial no fim do contrato, ainda que os contratantes neles não tivessem pensado”.⁴²

Segundo o autor Luís Renato Ferreira da Silva⁴³, existem duas formas de quebrar a base e o seu fundamento. A primeira corresponde à impossibilidade do pactuado, ou seja, se o fato superveniente tornar a obrigação impossível, ocorrerá a quebra da base. Esta impossibilidade corresponde ao desequilíbrio econômico que se dará para uma das partes que ainda pode cumprir, mas para isso, demandará um certo esforço que poderá incorrer em danos irreparáveis ao patrimônio, tornando-o impossível. A segunda, corresponde à prestação de fato, frustrando a sua finalidade, ou seja, é quando perde-se a utilidade para uma das partes que não terá mais motivo para cumprir a obrigação, pois a razão pela qual contratou, desapareceu. Neste caso, a obrigação é absolutamente possível, porém inócua. Ainda, pode ser que não exista qualquer onerosidade ou vantagem excessiva.

³⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 136

⁴⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.97.

⁴¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.97.

⁴² BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência material: O equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais**. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 318.

⁴³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 138.

Através da teoria da base do negócio jurídico, nasceu a teoria de que os direitos e deveres pactuados pelas partes no contrato prevalecem e implicam na sua continuidade de sua base.⁴⁴

3.2 Teoria da imprevisão

Relacionada ao princípio do *pacta sunt servanda*, a visão dogmática da teoria da imprevisão marcou um importante momento na história evolutiva do Direito.⁴⁵ Assim, ao longo de muitos anos, o princípio da força obrigatória dos contratos dominou, sem que se pudesse considerar a revisão ou resolução de um contrato por alguma circunstância superveniente e imprevisível.⁴⁶

Não haverá espaço para a aplicação da presente teoria nos casos em que a onerosidade excessiva for oriunda da álea comum e não da imprevisibilidade.⁴⁷ A teoria da imprevisão “corresponde a figura do princípio que admite a revisão do contrato em certas circunstâncias especiais, como na ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que tornam a prestação de uma das partes sumamente onerosa”.⁴⁸ Há quem diga que a imprevisão encontraria seu embasamento na regra moral e, ainda, que a boa-fé⁴⁹ seria um fundamento por excelência da teoria da imprevisão.⁵⁰

Otávio Luiz Rodrigues Junior explica:

A boa-fé – base do comércio e, em geral, de qualquer contrato – não permite que alguém pretenda um tal lucro em detrimento de outro, não tolera que um comerciante queira a prosperidade repentina à custa do suicídio econômico de outrem.

⁴⁴ JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.152.

⁴⁵ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 361

⁴⁶ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.362.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume 3. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.70

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.137

⁴⁹ “A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé do comportamento”. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

⁵⁰ JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 82-83.

[....]

Ora, se as modificações forem em tão elevado ponto que escapem à previsibilidade humana, ninguém negará que houve previsão, quando era possível prever, e além dela e fora de seu alcance, a alteração se operou. Então foi além da capacidade humana, e a obrigação não pode prevalecer, porque os homens devem ser previdentes, mas ninguém os quer profetas. Em tal situação, vai-se ler, nas declarações de vontade, não o sentido literal da linguagem, mas a intenção das partes, que era contratar de boa-fé, e cumprir a obrigação também de boa-fé.⁵¹

A referida teoria corresponde à admissão de revisão ou rescisão do contrato de acordo com circunstâncias específicas, tal como acontecimentos extraordinários e imprevistos, tornando onerosa a prestação de uma das partes.⁵² Permite revisar e rediscutir cláusulas em uma relação contratual em virtude de novos acontecimentos, ao mesmo tempo imprevisíveis pelas partes e a elas inimputáveis. É dever das partes alcançar as prestações que se comprometeram originalmente, de acordo com a aplicabilidade direta do princípio da boa-fé.⁵³ Essa teoria não se aplica aos contratos aleatórios⁵⁴, pois envolvem um risco, salvo se o fator imprevisível originar de fatores estranhos ao próprio risco do contrato.⁵⁵

Ainda, cabe discernir a referida teoria do denominado inadimplemento fortuito⁵⁶, onde este resulta no inadimplemento fortuito da obrigação, onde não se impõe às partes a obrigação de reparar o dano ou indenizar.⁵⁷

“Mesmo no início, quando o fundamento da revisão era o ideal de justiça, um requisito sempre exigido foi a imprevisibilidade de eventos futuros. Daí por que ao conjunto das teorias desenvolvidas batizou-se de teoria da imprevisão.” Atualmente, alguns doutrinadores têm considerado que o argumento base para a revisão não se encaixaria na

⁵¹ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

⁵² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.138

⁵³ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 312

⁵⁴ “Os contratos aleatórios são aqueles em que as vantagens e desvantagem são distribuídas entre os contratantes aleatoriamente. A álea determina que apenas um dos contratantes tenha vantagem com o cumprimento das obrigações contratadas”. In: COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Civil: Contratos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 53.

⁵⁶Hely Lopes Meireles entende caso fortuito como um evento de natureza inevitável e imprevisível que acaba por impossibilitar a regular execução do contrato. Ainda, como força maior entende como sendo um evento de natureza humana, que acaba por impossibilitar a execução do contrato. In: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96.

⁵⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 317.

ideia de imprevisão, dado a característica de elemento subjetivo, mas sim na onerosidade excessiva, que seria entendimento objetivo.⁵⁸

Assim, diante do cenário de teoria da imprevisão e prestações sucessivas, cabe uma análise da cláusula *rebus sic stantibus*, que deu origem ao instituto.

3.2.1 Cláusula *rebus sic stantibus*

Causas externas podem gerar situação diversa da que existiu, no momento quando da execução do pacto e assim, tornando-a excessivamente onerosa ao devedor.⁵⁹ A teoria *rebus sic stantibus* é a primeira teoria a embasar a alteração das bases negociais que resultaria na teoria da onerosidade excessiva.⁶⁰ “É da natureza da cláusula *rebus sic stantibus* ser considerada implícita no contrato de execução diferida e continuada”.⁶¹

A Cláusula *rebus sic stantibus* refere cronologicamente à criação da Teoria da Imprevisão. Sua finalidade transmite uma aplicação, ou seja, todo o contrato que possua sucessivas prestações, haverá uma cláusula implícita de que o acordado não permanecerá em vigor se as coisas não assim permanecerem também, como era no momento da celebração.⁶² Se, esta, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários, que tornem excessivamente oneroso para o devedor, poderá este, recorrer ao juiz, para que o isente da obrigação, sendo ela parcial ou total.⁶³

Esta cláusula, ainda, se aproveita da parte diligente, destinada ao cumprimento das obrigações que foram assumidas no contrato, mas que durante sua execução foi surpreendida por acontecimentos imprevistos e excepcionais, que com isso, provocaria o empobrecimento ou enriquecimento de uma das partes.⁶⁴

⁵⁸ BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência material: O equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais**. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito Contratual: Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 319.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 50.

⁶⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.95.

⁶¹ LÓBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204

⁶² FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.486.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 195.

⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.141.

3.3 Teoria da excessiva onerosidade

De acordo com a ocorrência de fatos imprevisíveis, além de extraordinários, aduziu-se como pressuposto fundamental o desequilíbrio econômico do contrato, ou seja, a onerosidade excessiva para ao menos uma das partes. O problema insurge em determinar o que de fato deveria ser considerado onerosidade excessiva, valendo-se o desequilíbrio que fosse além da normalidade do contrato, tendo em vista que todo o contrato suporta um risco.

65

Vera Helena de Mello Franco afirma:

Perante a impossibilidade de se recorrer à interpretação do contrato e à vontade das partes, já que a alteração das circunstâncias, por não previstas no momento da sua conclusão, não poderiam ser reportadas a esta (real, presumida ou presumível), restou o recurso à equidade.⁶⁶

Quando se refere a resolução por onerosidade excessiva, conforme apresenta o Código Civil Brasileiro de 2002, em seus arts. 478 a 480, já se tem por objetivo a extinção do contrato, através do seu descumprimento, mesmo que involuntário, pela onerosidade excessiva oriunda de fatores supervenientes.⁶⁷ Todavia, questiona-se a definição de onerosidade excessiva.

Assim, tem-se que esta onerosidade é “posta no campo da resolução contratual anormal dos contratos, onde se dispensa a obrigação e responsabilidade de qualquer das partes, onde se libera apenas o mais onerado”.⁶⁸ São elementos para o reconhecimento da onerosidade excessiva: a) superveniência de circunstância imprevisível; b) alteração da base econômica objetiva do contrato; c) onerosidade excessiva.⁶⁹

⁶⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.98.

⁶⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.98.

⁶⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.364.

⁶⁸ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87.

⁶⁹ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 314,

Ainda, pode-se incluir um quarto elemento, na percepção de Carlos Roberto Gonçalves: vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou trato sucessivo⁷⁰ e, assim, ele explica:

Como é intuitivo, o primeiro pressuposto para que se possa invocar a onerosidade excessiva é que se trate dos denominados contratos de duração, nos quais há um intervalo de tempo razoável entre a sua celebração e a complexa execução. Não podem ser, pois, contratos de execução instantânea, mas de execução diferida ou de realização em momento futuro, como a compra e venda com postergação de entrega do bem para o mês seguinte ao da alienação, ou do pagamento para noventa dias após a conclusão do negócio, por exemplo, ou de execução continuada ou periódica, como o de prestação de serviços por prazo indeterminado, de empreitada, de fornecimento, etc.⁷¹

A condição externa, elencada como item “a” como circunstância imprevisível, é referente ao fato que tenha sofrido alteração e implique, por si só, o enriquecimento de uma das partes. Caso as circunstâncias que a previamente determinaram, pertencessem ao curso comum dos acontecimentos naturais e que pudessem ter sido previstas, não haveria razão para discutir.

A condição elencada no item “b” acima refere a possível alteração do fato existente no momento do ocorrido em contrapartida ao que existia no momento em que foi celebrado o contrato. Se houve parcial cumprimento da obrigação, a onerosidade alegada pode atingir a parte que não foi cumprida, com o instituto da revisão ou da resolução parcial do contrato. Importante frisar, neste momento, que o acontecimento supramencionado deve atingir a todas as partes, tendo caráter de generalidade. Deve, ainda, atingir uma grande parte do setor, afetando as condições do mercado.

Contudo, não há definição padrão para se avaliar que uma obrigação se tornou onerosa de alguma forma. Assim, cabe ao juiz avaliar o caso concreto, de acordo com os aspectos específicos, se a onerosidade que surgiu em momento posterior no contrato submetido a análise pode ser considerada excessiva.⁷²

Ainda, os fatos que causaram a onerosidade arguida devem se desvincular da atividade do devedor. Portanto, deve-se verificar a ausência de culpa do obrigado. É de se

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 200.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 200.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 201.

atentar ao fato de que o devedor somente pode ser beneficiado da revisão do contrato se não estiver em mora no que tange as obrigações das cláusulas contratuais que não foram atingidas pela imprevisão.⁷³

4 REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Ainda que não esteja explícito no Código Civil brasileiro, em forma de dispositivo legal, o princípio *pacta sunt servanda* vincula o comportamento das partes às condições que, de forma espontânea, estabeleceram para si.⁷⁴

Assim, a parte que se julgar prejudicada devido ao inadimplemento da prestação, por parte de outra, poderá buscar em juízo a reparação, fundamentando com base na cláusula contratual descumprida. A depender do que tiver sido determinado em contrato e das devidas circunstâncias, poderá o juiz determinar que a parte faltosa cumpra com a obrigação assumida ou, então, que decrete a revisão ou resolução do contrato, atribuindo ao inadimplente as perdas e danos cabíveis e correspondentes,⁷⁵ conforme refere o art. 475 do Código Civil.⁷⁶

Conforme Karl Larenz define:

En el fondo, la regla pacta sunt servanda se limita a expresar lo que el concepto de contrato quiere decir. A saber, que en él se obligan dos (o más) partes recíprocamente, cada una frente a la otra, de un determinado modo. Esto sucede por lo general a través de unas declaraciones de voluntad, que se corresponden entre sí en orden a su contenido y por medio de las cuales cada uno de los contratantes da a conocer al otro su voluntad de que el contenido debe tener entre ellos vigencia y derecho. Puesto que el contrato sólo vale cuando ambos contratantes consienten y por tanto sus declaraciones coinciden en su contenido, la vinculación de cada contratante al contrato descansa en su propia voluntad, en su autodeterminación.⁷⁷

⁷³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 510.

⁷⁴ JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

⁷⁵ JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.41

⁷⁶ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos: BRASIL. **Código Civil**. 2002.

⁷⁷ LARENZ, Karl. **Derecho Justo. Fundamentos da ética Jurídica**. Madri: Editorial Civitas, 1985, p. 67.

Muito embora este princípio seja necessário e fundamental para a segurança do negócio jurídico em qualquer organização social, os negócios jurídicos estão sujeitos a consequências de modificações posteriores às circunstâncias, com a quebra da equivalência. Através dessa constatação, deu-se origem ao princípio da revisão dos contratos, que será analisado posteriormente.⁷⁸

Deste princípio, decorrem dois efeitos: irretratabilidade da vontade e o da intangibilidade do conteúdo do contrato. Pela irretratabilidade, quando concluído o contrato, as partes não podem se arrepender ou denunciarem o contrato com o objetivo de se eximirem das obrigações pactuadas. Pela intangibilidade, as partes não podem alterar unilateralmente o conteúdo das obrigações e direitos contratados. Porém, ambos os efeitos não são absolutos. No que tange a irretratabilidade, sempre será possível a existência da cláusula referente ao arrependimento, figurada através do distrato, também chamada de rescisão bilateral⁷⁹ no Código Civil vigente, será possível aos contratantes quebrarem o vínculo por mútuo acordo a qualquer tempo.

“Ainda, é possível que as partes tenham previsto a cessação até por vontade unilateral de iniciativa de qualquer das partes, sob determinadas circunstâncias, situação que é denominada rescisão unilateral”⁸⁰, como preceitua o *caput* do art. 473 do Código Civil⁸¹, conforme será analisado.

4.1 A onerosidade excessiva no Código Civil vigente

O Código Civil de 1916 não regulamentou a revisão contratual. Na verdade, a *clausula rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão eram aplicadas somente em casos extremos e de forma cautelosa, demonstrando a ocorrência de fato extraordinário e não previsível, além da consequente onerosidade excessiva para pelo menos um dos contratantes.⁸²

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 194.

⁷⁹ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. BRASIL. **Código Civil.** 2002.

⁸⁰ JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Direito dos Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42

⁸¹ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. BRASIL. **Código Civil.** 2002.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 197.

A onerosidade excessiva foi introduzida através do Código de Defesa do Consumidor. Essa teoria surge como consequência de violação ao princípio do equilíbrio econômico, já que a parte devedora fica impossibilitada de cumprir com a sua obrigação devido a alteração extraordinária e imprevisível ocorrida.⁸³

O Código Civil de 2002 determinou o direito à alteração do contrato em algumas específicas situações, abrangendo os arts. 478, 479 e 480.⁸⁴ Porém, “não se pode falar em revisão quando as circunstâncias novas derivem de riscos previsíveis ou que poderiam ser previstos, quando da celebração do contrato”. Se estes riscos constituírem uma cláusula implícita do contrato, não poderá ser concretizado à parte se isentar da obrigação devida, ainda que haja desequilíbrio econômico, derivado de fatos supervenientes.⁸⁵

Conforme o art. 478, a parte que se sentir prejudicada com a onerosidade excessiva, pode requerer a resolução do contrato, judicialmente. A sentença que for proferida produzirá efeitos retroativos à data da citação. Porém, o réu, em sua resposta, poderá impedir a resolução, oferecendo-se para o novo equacionamento das condições do contrato, de forma justa, conforme o art. 479.⁸⁶

Este texto, sendo aplicável aos contratos unilaterais, proporciona que o pedido não transforme-se necessariamente na resolução do contrato, mas que possa ser convertido no reajuste equitativo da contraprestação.⁸⁷ De qualquer forma, “este remédio jurídico, somente tem lugar nos contratos de duração continuada ou aqueles de prestações diferidas”,⁸⁸ conforme já mencionado.

⁸³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. BRASIL. Código do Consumidor.1990.

⁸⁴Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com uma vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterada de modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. BRASIL. **Código Civil**. 2002.

⁸⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

⁸⁶ NARDER, PAULO. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.206

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 3. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

⁸⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.99

Pode-se notar que o Código Civil não exige que a onerosidade seja permanente, podendo ela ser temporária ou até mesmo provisória. Para a resolução entre as partes, conforme regulada no atual Código Civil, o desequilíbrio das prestações não é suficiente. Para configurar onerosidade excessiva, o contrato deve ser considerado injusto para uma das partes, além da imprevisibilidade e do fato extraordinário, requer-se que isso se interprete como vantagem extrema para a outra parte.⁸⁹

Convém perceber que o Código Civil exige, além da imprevisibilidade, a extraordinariedade do ocorrido, ou seja, deverá ser exceção do curso normal dos acontecimentos cotidianos.⁹⁰ Ainda, será impossível de prever, se as partes não tiverem condições para isso, por mais diligentes que possam ser.⁹¹

Neste sentido, ainda, encontra-se a teoria no art. 317 do Código Civil, “que permite ao juiz, diante da desproporção entre o valor da dívida assumida e o da execução, decorrente de fatores imprevisíveis, a devida correção, desde que seja requerida pela parte”.⁹²

Porém, é difícil determinar o que se deve considerar como onerosidade excessiva, podendo configurar como o desequilíbrio além da álea normal do contrato, tendo em vista que todo o contrato comporta um risco.⁹³ O que deve ser considerado para determinar, é a alteração da circunstância de fato em observância ao equilíbrio econômico do contrato.⁹⁴ Ocorre que essa alteração é um elemento natural do contrato, utilizado para reestabelecer o equilíbrio das prestações entre as partes.

Luís Renato Ferreira da Silva, em sua obra, preceitua:

Cada contrato tem, dentro de si, uma certa carga de incerteza e é para se resguardar desta variabilidade inerente a todo negocio que se firma um contrato. Esta faixa variável é que se denomina álea, ou seja, o risco natural a cada contrato que deve ser suportado pelo contratante prejudicado e que há, até mesmo, naqueles contratos com prestações certas e definidas. Caso o fato superveniente contenha-

⁸⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.101-102.

⁹⁰ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322.

⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 509

⁹² NARDER, PAULO. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 206

⁹³ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.98.

⁹⁴ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 123.

se na álea normal da contratação, a parte não poderá eximir-se do cumprimento alegando a imprevisão, pois estaria a furtar-se de algo que é inerente ao pacto.⁹⁵

Para que o elemento seja imprevisível ou extraordinário, é necessário que se faça referência a alguma situação que não pertença à normalidade da sociedade em que o ser humano vive. Quando se trata de um elemento imprevisível, não se considera as peculiaridades das condições do sujeito envolvido, mas sim o comportamento que seria adequado. Porém, de outro lado, pode-se considerar que apesar de o evento ser em si, previsível, suas consequências, porém, não são. Assim, abre-se o leque de possibilidades e acontecimentos que se enquadram na condição de imprevisibilidade.⁹⁶

4.2 Onerosidade excessiva na revisão judicial dos contratos

O contrato não teria eficácia se os contratantes não fossem obrigados a cumprir as obrigações que foram assumidas na celebração. Se, no tempo entre a celebração e a execução, nenhuma mudança significativa ocorrer e surpreender as partes, não há motivo para poupa-los das obrigações contratadas ou das consequências oriundas de possível inadimplemento. Se, no entanto, grandes alterações ocorrem, principalmente no que tange à somente uma das partes, por razões sempre externas à sua vontade, tornar-se-ia custosa o cumprimento da obrigação contratada, não devendo ser forçado à execução do acordo.⁹⁷

Nota-se, assim, uma evolução jurisprudencial no sentido de encaminhar a interpretação para o reequilíbrio das prestações, passando-se a compreender o que as partes realmente querem, trazendo à vontade para a realidade.⁹⁸

A doutrina refere que a parte afetada pela mudança radical de sua condição pode requerer em juízo a revisão judicial do contrato, tendo como objetivo somente reestabelecer a equidade. Para isso, se faz necessária à certificação de pressupostos, tais como: a imprevisibilidade, a definição do contrato como de execução diferida ou contínua. Porém,

⁹⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 114.

⁹⁶ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 111.

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.117.

⁹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 36.

caso a mera revisão do contrato não seja suficiente, esses mesmos pressupostos servem para determinar a resolução do contrato.⁹⁹

Encontra-se na doutrina este ponto como princípio, qual seja, o princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva. Infere-se que este opõe-se ao princípio da obrigatoriedade, pois autoriza os contraentes a recorrerem ao Judiciário para obterem modificações da convenção e de melhores condições em determinadas situações.¹⁰⁰

Apesar de que, no dispositivo, possa induzir o entendimento de que sua finalidade foi apenas para proteger o credor da prestação que foi desvalorizada, na verdade, aplica-se a regra a ambos os lados. Ou seja, a desproporção manifesta pode ser tanto pela desvalorização do bem a ser prestado, como pela supervalorização excessiva da prestação, desvirtuando a proporcionalidade que fora convencionada preliminarmente e a que agora deve ser cumprida.

“Podendo-se mais (a resolução), pode-se o menos (a revisão), por inegável razão de justiça.”¹⁰¹ No pedido de revisão, o que a parte pretende é a manutenção do contrato de forma menos gravosa para a parte que, em virtude de circunstâncias extraordinárias, se vê impedida de cumprir a prestação que lhe incumbia, diferentemente do pedido de resolução.¹⁰² O Código Civil brasileiro prevê a resolução do contrato por onerosidade excessiva e não a sua revisão. Porém, entende-se que a “parte com dificuldades em cumprir a obrigação que se tornou onerosa, pode optar pela revisão judicial do contrato “. Se as cláusulas que o tornaram oneroso puderem ser reescritas pelo juiz, de forma semelhante, isso deve ser melhor e mais proveitoso para os contratantes.¹⁰³

É possível que a revisão judicial não resolva a obrigação, mas que determine um limite aceitável, de acordo com o fato ocorrido, para que a prestação possa ser cumprida.¹⁰⁴

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.120.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 50.

¹⁰¹ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.372

¹⁰² FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.100.

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.119.

¹⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 510.

“Tal entendimento, inclusive, parece-nos respaldado por uma previsão específica de aplicação de tal teoria, em relação ao pagamento da prestação devida por força da relação jurídica obrigacional.”¹⁰⁵ Tratando-se, assim, do art. 317 do Código Civil.¹⁰⁶

Em suma, a frente desta teoria, a simples alteração das condições existentes, quando da celebração do contrato, seria suficiente para autorizar a revisão. Mas, para a resolução, o desequilíbrio não é suficiente e sim, a clara vantagem para a uma das partes.¹⁰⁷

A revisão será feita no sentido de que o contrato seja realizado, permitindo assim, um reequilíbrio que direcione ao fim que os contratantes se dispuseram a cumprir quando firmaram o contrato.¹⁰⁸

4.3 Onerosidade excessiva na resolução dos contratos

O contratante que se sentir prejudicado pela onerosidade excessiva, ingressará em juízo postulando a resolução do contrato. Ainda que seja caso de extrema onerosidade, é vedado à parte queixosa cessar pagamentos por livre arbítrio.¹⁰⁹

Orlando Gomes, em sua obra, refere:

Quer se aplique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, ou das bases de negócio, a verdade é que no Direito moderno, a alteração radical das condições econômicas, nas quais contrato foi celebrado, tem sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar sua resolução.¹¹⁰

A resolução pode ser definida como a dissolução do contrato em face da inexecução das obrigações contratadas.¹¹¹ Ocorre no momento em que há o inadimplemento da prestação

¹⁰⁵ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.372.

¹⁰⁶ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. BRASIL. **Código Civil**. 2002.

¹⁰⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.102.

¹⁰⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 150.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume 3. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.69.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, 2002, 179.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.117.

contratual.¹¹² O motivo desse inadimplemento pode ser voluntário ou involuntário.¹¹³ Porém, há de se perceber que na resolução involuntária não há inexecução das obrigações contratadas e sim, uma derivação de um fato fortuito. Tratando-se, assim, da resolução por onerosidade excessiva. Como referido anteriormente, para que se possa caracterizar a onerosidade excessiva nesse sentido, deve-se considerar a mudança das condições econômicas das partes em casos em que fujam do seu controle.¹¹⁴

“A rescisão por onerosidade excessiva cabe unicamente nos contratos comutativos¹¹⁵. Nos aleatórios, obviamente não se justifica”, afirma Orlando Gomes em sua obra¹¹⁶. Porém, Ustarroz defende que sim, “é possível a resolução pela onerosidade excessiva de contratos aleatórios, desde que a parcela do contrato pactuado que se deseja resolver encontre-se fora da esfera abrangida pelos riscos ínsitos ao negócio”.¹¹⁷

A onerosidade excessiva aproxima-se à inexecução involuntária. Tal como ela, neste cenário não cabe perdas e danos, de forma que não se faz jus a qualquer tipo de indenização a parte que sairia em vantagem diante da execução do contrato.¹¹⁸

Ademais, o art. 480 do Código Civil preceitua a regra aos contratos unilaterais. Assim, para que não haja onerosidade excessiva, deverá, o devedor, buscar a redução da prestação que lhe tornou excessiva ou, ainda, alterar o modo de executá-la.¹¹⁹

O devedor não está autorizado a declarar extinto o contrato devido ao seu próprio entendimento de que a prestação se tornou excessivamente onerosa, pois a onerosidade não termina ou dissolve o contrato de forma plena. Para tanto, é necessário que haja decretação judicial e, conseqüentemente, sentença judicial. Afinal, não pode ficar ao pleno entendimento da parte interessada na resolução, a extinção das suas próprias obrigações, sob a justificativa de que as cumprir se tornou extremamente oneroso. Assim, é imprescindível que haja intervenção judicial, pois cabe ao juiz decidir se de fato há a referida onerosidade,

¹¹² JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73.

¹¹³ JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

¹¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.120.

¹¹⁵ “Nos comutativos, todas as partes podem auferir a vantagem que procuram e, se ocorrer desvantagem, isso se deve ao risco inerente a qualquer contrato”. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.46.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, 2002, p. 180.

¹¹⁷ USTARROZ, Daniel. **A Responsabilidade contratual no novo código civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p.170.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, 2002, p. 181

¹¹⁹ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.373.

como também lhe cabe verificar se há nexo de causalidade entre a onerosidade e o acontecimento, que deve ser configurado como extraordinário e imprevisível.¹²⁰

Somente a análise do caso concreto permitirá a solução justa. Para decidir, o julgador considera o equilíbrio de direitos e obrigações que existia na conclusão do contrato, de forma a projetá-lo no tempo para verificar o importe da onerosidade excessiva. Esse juízo de equidade não é da parte que foi beneficiada com a alteração das circunstâncias. Ele somente pode oferecer condições para revisão do contrato, para consideração da outra parte. Porém, a decisão final no juízo de equidade é somente do magistrado.¹²¹

CONCLUSÃO

O foco do problema da onerosidade excessiva é o desequilíbrio das prestações contratuais, causado por uma certa imprevisibilidade. É possível verificar que todas as teorias apresentadas têm como fator em comum a harmonização desses aspectos, com foco em uma satisfatória solução para todas as partes. Se, em razão do passar do tempo, ocorrer fato que desequilibra de forma objetiva o contrato, tornando as prestações desproporcionais, uma a outra, dá-se a onerosidade excessiva, como um problema de ordem econômica.

O desequilíbrio das prestações pode ser caracterizado tanto pela onerosidade excessiva que atinge à uma das partes, como pela vantagem que a outra parte recebe. Essa vantagem também é considerada apenas de forma econômica. Em suma, se uma parte perde, a outra ganha. Ainda, a perda da equivalência deve ser significativa, pois deve instigar uma significativa alteração do equilíbrio do contrato.

Porém, essa perda da equivalência deve se dar por circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias. E, essas situações, só podem ser identificadas com base em situações concretas. Diante deste cenário, o direito brasileiro possibilita tanto a revisão quanto a resolução contratual.

¹²⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, 2002, p. 180.

¹²¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm acessado em 19/03/2019.

BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência material: O equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais.** In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). **Direito contratual: Temas Atuais.** São Paulo: Método, 2007, p. 175.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Civil: Contratos.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil.** Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3. Contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro, 2002.

JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Direito dos Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade da imprevisão.** São Paulo: Atlas, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo. Fundamentos da Ética Jurídica.** Madri: Editorial Civitas, 1985.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MELGARÉ, Plinio (organizador), et al. **O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NARDER, PAULO. **Curso de Direito Civil: Contratos.** Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume 3. Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato.** São Paulo: Editora Método, 2004.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código civil ao Código do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Volume III. Contratos em Espécie.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

USTARROZ, Daniel. **A Responsabilidade contratual no novo código civil.** 1ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

O EFETIVO ALCANCE DA TERCEIRIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-FIM FRENTE À LEI Nº 13.467/17

Andréia Atti Simões¹

Carine de Souza Fior²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a disciplina jurídica - Terceirização - sendo um dos assuntos mais polêmicos no campo das relações de trabalho e de suma importância para o desenvolvimento da econômica. Diversos projetos decorreram no Congresso Nacional e tão somente em 2017, veio a sua regulação através da Lei nº 13.429/17, com intuito de assegurar direitos aos trabalhadores terceirizados, aduzindo uma interpretação dúbia das disposições legais inseridas no texto da Lei, o que se verá no decorrer da pesquisa. Todavia, esta modalidade de contratação, durante anos, vem gerando polêmica e dúvida quanto a sua efetividade jurídica. O presente estudo baseia-se na pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos científicos, *Internet*, revistas universitárias, jurisprudências.

Palavras-chave: Terceirização. Atividades-meio. Atividades-fim. Lei nº 13.429/17. Lei nº 13.467/2017.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a eficácia e a evolução do tema terceirização, não sendo novidade e sim uma realidade, principalmente nas indústrias e nos setores de serviços no mínimo desde os anos 90.

A terceirização é utilizada para transferir para outrem parte dos custos, dos riscos e do envolvimento com a operacionalização e treinamento dos trabalhadores. Neste âmbito, o contrato deixa de ser trabalhista entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física, para ser formado entre duas pessoas jurídicas, passando a ter natureza comercial ou civil, onde a tomadora de serviços, confia parte das suas atividades para outra empresa, que por sua vez contratará trabalhadores.

Maurício Godinho Delgado no âmbito do direito do trabalho, preceitua:³

¹ Advogada, OAB/RS 100.966, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho, Membro da CMA da OAB/RS, Participações em palestras e aulas voltadas ao Direito Preventivo, nos cursos de Pós-Graduação, simoesjuridico@hotmail.com.

² Advogada, OAB/RS 52.807, Pós-Graduada pela Escola da AJURIS, Pós-Graduada em Direito Imobiliário pela Ritter dos Reis, Membro da CMA da OAB/RS, participação em palestras e workshops para empresas sobre Direito do Trabalho, carine@cscconsultoriajuridica.com.br.

³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 424.

[...] fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; e a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Sob esta compreensão, podemos conceptualizar a terceirização como a contratação de prestação de serviços entre duas empresas, sendo a primeira, intitulada tomadora de serviços, paga uma segunda empresa, a terceirizada, para fornecer mão de obra qualificada para exercer as atividades da tomadora.

A Lei 6.019/74 nasceu com objetivo de regulamentação de uma forma específica de arregimentação do trabalho temporário, possibilitando-lhes contratar mão de obra qualificada por menor custo e sem responsabilidade direta dos tomadores dessas atividades. Em 1983, a Lei nº 7.102/83 estendeu para os serviços de vigilância essa contratação atípica. Nesta continuidade, o introduziu o Enunciado nº 256.

Diante o entendimento jurisprudencial da época, passou a balizar grande parte das decisões judiciais, seja no reconhecimento do vínculo de emprego direto entre prestador de serviços e empresa beneficiária do trabalho, a tomadora, ou no reconhecimento da responsabilidade solidária das contratantes. Entretanto a terceirização da mão de obra teve impactos notórios na jurisprudência, em razão das normas de proteção social ao trabalho. Neste diapasão a Súmula nº 256 do TST foi cancelada, sendo substituído pela Súmula nº 331, quando o TST incluiu no seu item IV a responsabilidade subsidiária do ente público que terceiriza.

No entanto, a Lei 6.019/74 alterada pela Lei 13.429/2017 que numa subversão de técnica legislativa passa a ter um duplo objeto, regulando assim duas modalidades de arregimentação do trabalho, o primitivo trabalho temporário e a nova lei geral de terceirização.⁴ Traz uma confusa leitura, onde alguns dos dispositivos tratam dos dois contratos – temporário e terceirizado - outros só dos temporários e por fim, os terceirizados.

⁴ SANTOS, Anselmo Luis dos; BIAVASCHI, Magda Barros. A TERCEIRIZAÇÃO NO CONTEXTO DA RECONFIGURAÇÃO DO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO: A DINÂMICA DA CONSTRUÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. 20-26. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014, p. 20-26.

No mesmo ano – em agosto de 2017 -, temos uma nova lei que oferece um novo regulamento, uma nova redação para os dispositivos que tinham acabado de serem alterados pela lei 13.429/2017.

Neste diapasão, ficamos mais de 40 anos sem ter uma lei geral de terceirização. Visa-se, assim, entender o processo desde o início até a vigência da Reforma Trabalhista, já que até março de 2017, aplicávamos a Súmula 331. De março a agosto/2017, aplicamos a lei 13.429/2017 e posteriormente a Lei 13.467/2017 com inovações nos seus dispositivos legais.

Com advento da Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista - traz inovações ao tema proposto, não podendo ser analisada de forma isolada, mas dentro de um contexto mais amplo, pois somente em 2017 diante de diversas tentativas de alterações legislativas – projetos de leis – veio a se concretizar. O trabalho insere o efetivo alcance – ou não – da Terceirização nas atividades-fim da empresa tomadora de serviços, frente à reforma trabalhista, capazes de dotar a prestação jurisdicional efetiva e segura nas relações de trabalho.

Assim, a pesquisa principia por uma abordagem do processo de evolução do tema arguido neste artigo para o melhor entendimento, observando-se ser uma ferramenta de gestão irreversível no cenário econômico atual, debruçando-se sobre a relevância da reforma trabalhista nas atividades-fim.

Intenta-se, ao final, demonstrar que com advento da Lei da 13.467/2017, significativas alterações ocorreram no Direito do Trabalho e no Processo do Trabalho, em especial ao tema da Terceirização, com a possibilidade de terceirizar todas as atividades empresariais, sendo uma ferramenta de suma importância para o desenvolvimento social e econômico brasileiro, ponderando padrões éticos e visão de responsabilidade social.

PROBLEMÁTICA

Neste mister, intenta-se mensurar a importância da redação dada pela Lei nº 13.467/2017 - conhecida como Lei da Reforma Trabalhista - pretendendo-se verificar se a Terceirização tem ou não restrições, e quais alterações no propósito de segurança jurídica. Visa-se, assim, estabelecer esclarecimento ao tema, principalmente ao seu efetivo alcance nas atividades-fim. A aplicabilidade desta nova sistemática mostra-se, a princípio, favorável à sociedade, e de suma importância para o desenvolvimento social e econômico do nosso

País. Portanto, a proposta do trabalho é potencializar a necessidade de mudança cultural e paradigmática em relação ao tema, visando os seus limites diante a Reforma Trabalhista.

1. PRIMEIRA REDAÇÃO – SÚMULA 256 DO TST

Para melhor compreensão do tema proposto, insta traçar algumas considerações acerca do desenvolvimento da Terceirização.

Os decretos-leis nº 1.212 e 1.216 - ambos de 1966 - autorizavam a utilização de serviços de segurança terceirizado. O decreto 62.756/68 legalizou a locação de mão-de-obra através de agências especializadas. O decreto-lei nº 1.034/69 regulou os serviços de vigilância em bancos. Já na década de 70, iniciou a terceirização no setor de serviços, precipuamente nos de limpeza e de segurança em bancos⁵.

Com o advento da Lei nº Lei 6.019/74⁶, - Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências -, regulamentou a prática do trabalho temporário, possibilitando a contratação de mão de obra qualificada a menor custo e sem responsabilidade direta dos tomadores. A lei nasceu com objetivo de regulamentação de uma forma específica de arrematação do trabalho temporário.

Refere Sérgio Pinto Martins⁷, que a “lei buscou regular o trabalho temporário e não fazer concorrência com o trabalho permanente, principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante, o jovem em idade de prestação de serviço militar, as donas-de-casa (que não tinham tempo integral para dedicarem ao trabalho, mas apenas parte dele, em função de seus encargos domésticos), os aposentados (que não queriam ter emprego permanente) e até mesmo aqueles que não decidiram a qual profissão iriam dedicar-se.”

Posteriormente, em 20 de junho de 1983, a Lei nº 7.102⁸, - Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências -, estendeu para os serviços de atividades de vigilância ligadas ao setor

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização no Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 10-11.

⁶ BRASIL. Congresso Nacional. LEI Nº 6.019, DE 3 DE JANEIRO DE 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

⁸ BRASIL. Congresso Nacional. LEI Nº 7.102, DE 20 DE JUNHO DE 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

bancário, esta regulamentada pelo Decreto-lei nº 89.056/83, possibilitando a terceirização de serviços de vigilância e de transporte de valores.

Neste íterim, o sistema terceirização foi implementado, e subsequentemente, consolidado, porém não havendo legislação específica. Entretanto, seus efeitos refletiam na economia do País sendo necessário o Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 1986, editasse uma súmula para conter o avanço da terceirização, razão pelo qual estava sendo um obstáculo ao desenvolvimento econômico.⁹

No decurso, o Tribunal Superior do Trabalho, aprovou o Enunciado nº 256, pela Resolução Administrativa nº 4/86, publicado no Diário da Justiça da União de 30 de setembro de 1986. Dispunha o Enunciado a Súmula nº 256 do TST:¹⁰

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE.

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Nesse sentido é a lição de Maurício Godinho Delgado:¹¹

[...] vigilante não é vigia. Este é empregado não especializado ou semi-especializado, que se vincula ao próprio ente tomador de seus serviços (trabalhando, em geral, em condomínios, guarda de obras, pequenas lojas, etc.). Vigilante é membro de categoria especial, diferenciada – ao contrário do vigia, que se submete às regras da categoria definida pela atividade do empregador. O vigilante submete-se a regras próprias não somente quanto à formação e treinamento da força de trabalho como também à estrutura e dinâmica da própria entidade empresarial.

No entanto, diante das decisões jurisprudenciais, avanço significativo na compreensão da responsabilidade da temática, quer na declaração da existência de vínculo de emprego direto entre o prestador dos serviços e empresa tomadora, quer no reconhecimento da responsabilidade solidária das contratantes, estes diante da incerteza jurídica, percebiam a necessidade de uma revisão o qual a Súmula 256 silenciava sobre os problemas da responsabilidade.

No meio de tanta discrepância, o Enunciado da Súmula 256 foi revisto, quando o TST promulgou a Súmula 331 - revisão do Enunciado nº 256 do TST - o que mencionado no próximo tópico deste artigo.

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização no Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.7-11.

¹⁰ TST. **Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em mar. 2018.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p.517.

2. ORIGEM DA SÚMULA 331 DO TST

A súmula nº 331 do TST foi publicada no Diário da Justiça da União de 21 de dezembro de 1993, passando a admitir, com maior complacência, outros serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador - desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (requisitos da relação de emprego constantes do artigo 3º da CLT) -, além dos serviços de vigilância e de conservação e limpeza, ampliando substancialmente a liberdade em se terceirizar. Todavia, ainda não regulamentada por norma específica. As hipóteses de terceirização lícitas permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro encontravam-se previstas tão-somente na Súmula nº 331 do TST - revisão do Enunciado nº 256 do TST -, nos seguintes termos:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (lei 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (lei 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21.06.1993).

Após revisão jurisprudencial, foi modificada a redação do item IV da Súmula 331, acrescentando-se outros dois itens - V e VI -, sendo a do item V unicamente à questão da responsabilização dos entes integrantes da administração pública direta e indireta. Em relação à ao item IV, o TST tornou tão somente às entidades privadas. Ainda, no tocante item V, evidenciou em sua redação que a responsabilidade subsidiária dos entes estatais “*não decorre de mero inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, mas da conduta culposa da entidade tomadora no que diz respeito ao cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente das obrigações de controle e fiscalização*”. Por fim, incluiu-se o item VI a fim de clarear a ampla responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços.¹²

¹² MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 475/477.

Vejamos:

IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V — Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI — A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Nos ensinamentos de Sérgio Pinto Martins¹³, classifica as áreas terceirizadas como: “a) *atividades acessórias da empresa, como limpeza, segurança, manutenção, alimentação, etc.*; b) *atividades-meio: departamento de pessoal, manutenção de máquinas, contabilidade*; c) *atividades-fim: produção, vendas, transporte dos produtos etc.* O mais comum, todavia, é a *terceirização de serviços contábeis, jurídicos e informática.* ”

A terceirização caracteriza-se pelo fornecimento de atividade especializada, onde o vínculo empregatício é formado com o prestador de serviços, detentor da subordinação. Assim, a súmula 331 traz comandos normativos que permitem que uma empresa contrate os serviços de outra – prestadora de serviços -, desde que os serviços não estejam relacionados à atividade-fim do tomador. Neste íterim, o enunciado expõe que o tomador de serviços seja criterioso e cuidadoso na contratação da prestadora de serviços, porquanto a desídia resultará na pena de responder por sua escolha - culpa *in eligendo* - e posteriormente surgindo à obrigação de fiscalizar a atuação da prestadora, sob pena de incorrer na culpa *in vigilando*, devendo responder de forma subsidiária.

Todavia, existem casos em que tal premissa é violada e o vínculo é formando diretamente com o tomador de serviços. Neste aspecto, o ilustre autor Ricardo Resende traz que:¹⁴

Com efeito, "contratação de trabalhadores por empresa interposta" é o mesmo que contratar trabalhadores por intermédio de uma terceira empresa, que "os aluga" então ao tomador. Trata-se de coisificação do trabalho humano, e como tal é repugnado pelo

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46.

¹⁴ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho esquematizado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 215.

direito. Assim, o item I da Súmula 331 define a intermediação de mão de obra como sendo, em regra, hipótese de terceirização ilícita. Uma vez mais, a única exceção é o trabalho temporário.

A Súmula 331 do TST traz limitação o qual a atividade terceirizada constitua atividade-meio do tomador de serviços e não atividade-fim, visto que dependendo de qual atividade seja terceirizada irá identificar se a mesma é lícita ou ilícita.

Sobre a terceirização ser totalmente lícita, *consoante* Alysson Soares Gomes Correia, “ela tem que ser utilizada na atividade meio do tomador de serviços, ou seja, ela não pode ser utilizada nas atividades finalísticas do tomador, tendo em vista que caso isso ocorra estaremos diante de uma mera intermediação de mão de obra, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, nos termos do inciso III da súmula 331 do TST.”¹⁵

Em busca de um melhor entendimento do que é atividade-meio, importante o escolio do ministro Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2012, p. 450), vejamos:¹⁶

Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

Neste diapasão, percebe-se que atividade-meio do tomador de serviço é aquela que não constitui sua atividade essencial, mas sim atividade acessória. Em conformidade com a Súmula 331 TST, os serviços de limpeza e até mesmo de vigilância não estão constituídos como suas atividades finalistas, constituindo uma terceirização lícita, visto que tais serviços são característicos da atividade-meio do tomador de serviços.

Todavia há de se observar questões relevantes sobre a limitação quando se trata de terceirização. Um requisito essencial é a ausência de subordinação, ou seja, somente pode falar em terceirização lícita da atividade-meio do tomador de serviços se estas atividades estiverem no contexto da terceirização, visto que o serviço deve ser prestado como uma

¹⁵CORREIA, Alysson Soares Gomes. TERCEIRIZAÇÃO: A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331, DO TST. Aracaju, UNIT, 2012.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 450.

atividade especializada pelo terceiro, e não como uma mera intermediação de mão de obra, com pessoalidade e subordinação. Neste íterim, caso os serviços sejam *pessoais* e subordinados estarão presentes os requisitos do artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o que caracterizaria o vínculo de emprego direto com o tomador de serviços.

Nesse sentido, prescreve Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁷, que *“Para o tomador, não deve importar a pessoa de quem está efetivamente está prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade empresarial contratada, sendo irrelevante qualquer substituição de trabalhadores da prestadora. A empresa tomadora, na terceirização, contrata o serviço empresarial oferecido, mas não a mão de obra de certo trabalhador.”*

Sendo assim, em nenhuma hipótese pode haver a pessoalidade e subordinação, caso em que estaremos diante de uma terceirização ilícita, onde o vínculo empregatício forma-se diretamente com o tomador de serviços. A subordinação e a pessoalidade são elementos que compõem as características do contrato de trabalho, no entanto para que inexistam o vínculo com o tomador de serviços, as ordens devem ser executadas pelo preposto da prestadora de serviços e não pela tomadora.¹⁸

Ensina Otávio Bueno Magano¹⁹ que o contrato de trabalho é o *“negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas”*.

Neste diapasão, o TST entendeu por caracterizar como ilícitas as terceirizações onde apresentassem a presença da pessoalidade, bem como da subordinação direta, impondo-se então a configuração do liame empregatício.²⁰

Importante referir que a contratação de empresas terceirizadas no âmbito do setor público sempre esteve limitada à execução de atividade-meio, atividades de apoio ou meramente instrumentais. Em suma, a terceirização do serviço público deverá obedecer às mesmas regras inerentes a terceirização do serviço privado, sob pena de incorrer na responsabilidade prevista no inciso IV, da Súmula nº 331, do TST.

Nessa linha, conforme o ensinamento de Mauricio Godinho Delgado, a mencionada Súmula 331 do TST, não considera válidas práticas terceirizantes fora de quatro hipóteses:

¹⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: Forense, 2010, p.347.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.133.

¹⁹ Otávio Pinto e SILVA. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. p. 19.

²⁰ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Alguns aspectos sobre terceirização. Terceirização: um fenômeno ofensivo, danoso e ilegal. Belo Horizonte: RTM, 2014, p.45.

trabalho temporário (Lei nº 6.010/74); serviços de (Lei nº 7.102/83); serviços de conservação e limpeza (Súmula 331, III); serviços ligados a atividade-meio do tomador (Súmula 331, III).²¹

Importante enfatizar que, mesmo depois de aprovada a nova redação da Súmula nº 331, a intensa pressão dos setores econômicos e financeiros continuou para o seu cancelamento, na defesa da liberação da terceirização para qualquer tipo de atividade, estando até 2017, adstrita a atividade-meio, sendo ilegal quando utilizada em atividade-fim.

Nem mesmo o TST, ao editar a Súmula 331, inseriu em seu texto todas as possibilidades de terceirização de serviços possíveis. Todavia, a atuação desse tribunal especializado, firmou o entendimento de que terceirização, enquanto modalidade de contratação de serviços engloba relação de natureza civil entre a tomadora e a prestadora de serviços e trabalhista entre o trabalhador e a prestadora de serviços, desde que aplicada dentro dos limites estabelecidos.²²

Em concordância com Ministro do TST e Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, João Batista Brito Pereira,²³ a Súmula nº do 331 TST “*é insuficiente para regular as relações contratuais e de trabalho no seguimento da terceirização*”.

3. LEI 6.019/74 ALTERADA PELA LEI 13.429/2017

A lei nº 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário em empresas urbanas e dispõe sobre as relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros²⁴ alterada pela Lei 13.429, de 2017²⁵, se propõe a regulamentar a terceirização, porém não deixando claro se as regras por ela anunciadas se estendem ou não ao setor público, muito menos sobre clareza em suas atividades-fim.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 514.

²² GÓES, Winnicius Pereira de. A terceirização de serviços no âmbito da administração pública. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 73-74.

²³ PEREIRA, João Batista Brito. A Efetividade do direito e do Processo do Trabalho. A Terceirização, a Lei e a Súmula nº 331 Do TST. Rio de Janeiro: Elsevier, p.76.

²⁴ DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. São Paulo: DIEESE, 2007.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017: Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

No entanto, esta lei, numa subversão de técnica legislativa, passa a ter um duplo objeto, não é mais só a lei do trabalho temporário, mas lei geral de arremetimento do trabalho no Brasil.

Regula duas modalidades de arremetimento do trabalho, o primitivo trabalho temporário e a nova lei geral de terceirização. O problema que traz é a “difícil” leitura, porque alguns dos dispositivos tratam dos dois contratos – temporário e terceirizado -, alguns só dos temporários e outros só do terceirizado.

O tema em questão traz uma complexidade em sua aplicação.²⁶ Neste cenário, observou-se resistência relacionada à terceirização no Brasil, tanto no setor público quando no privado, diante relação dos direitos do trabalhador. Com o passar dos anos e o crescimento mundial, pautou-se a necessidade de uma legislação específica para proteger os terceirizados, posto que o Enunciado 331 do TST não era suficiente. Assim, a Lei nº 13.429, de 2017, amplia a terceirização no País.²⁷

A supracitada lei estabelece critérios de distinção entre terceirização e trabalho temporário, ramos que não se confundem, razão que a terceirização diz respeito à prestação de determinados serviços por empresa especializada, que ao contrário do trabalho temporário, há o fornecimento de mão de obra a tomadora por meio de empresa interposta, ou seja, pela empresa de trabalho temporário, nas hipóteses admitidas pelo sistema jurídico. Nesse sentido é a lição de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:²⁸

[...] a terceirização não se confunde com a intermediação de mão de obra, a qual em regra é vedada pelo sistema jurídico, uma vez que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, o que seria contrário ao seu valor social e a dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 13.429/2017, no que concerne à terceirização, traz como inovação a ideia de contratação de prestação de serviços nas execuções das atividades-fim²⁹. Cabe mencionar, que anteriormente a sua vigência, era permitido apenas as atividades-meio,

²⁶ MACIEL, José Alberto Couto. Terceirização: reflexos da lei de decisões do STF sobre sua validade comentários à lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo, v.53, n.029, p. 139-142.

²⁷ PEREIRA, Maria Erica Ribeiro; FROTA, Maria Helena de Paula. Terceirização na Política de Assistência Social: ouvindo os trabalhadores. Textos & Contextos. Porto Alegre, v. 16, n. 1, jan./jul. 2017, p. 190-194.

²⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho.11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.416.

²⁹ DIEESE. Impactos da lei de contrato temporário e da terceirização. São Paulo, abr. 2017.(Nota Técnica, 175). Disponível em:

<http://sindesc.com.br/wp-content/uploads/2017/05/DIEESE_NOTA_TEC_178_reforma_trabalhista.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

assim, a nova lei passa a conceder a contratação de mão de obra para qualquer atividade, deste modo, outorgando a terceirização para todas as funções das empresas, em qualquer área. Ademais, a lei deixa algumas lacunas importantes, que abrem margem a interpretações variadas caso não sejam esclarecidas.

Assim, percebe-se que a Lei nº 13.429, de 2017, amplia a terceirização no País, porém ainda apresentando precariedade nos limites jurídicos, redundando em insegurança e desregulamentação de direitos da classe trabalhadora.

Ponto relevante a ser destacado é a legitimidade da “quarteirização”, onde a empresa terceirizada pode subcontratar outras empresas para execução do serviço contratado; o trabalho temporário passa para um período de 180 dias, podendo ser prorrogado por mais 90 dias³⁰, a conhecida pejotização.

Cabe discorrer que fenômeno da terceirização, possui argumentos favoráveis e contrários³¹, principalmente em relação às atividades-fim no âmbito do direito do trabalho, razão arguida como estratégia das empresas para redução dos custos, riscos, e aumento de produção para contratação de mão de obra mais “acessível”.

Como se percebe, no mesmo ano em que a Lei entrou em vigor, no mês de agosto, uma nova lei que oferece um novo regulamento, uma nova redação para os dispositivos que tinham acabado de serem alterados pela lei 13.429/2017, com intuito de clarear algumas lacunas importantes com intuito de não abrir margens para interpretações variadas.

4. LEI Nº 13.467/17

Importante iniciarmos a explanação ressaltando que ficamos 40 anos sem obter lei geral para a terceirização, e no decurso de março a agosto de 2017, aplicamos a Lei 13.429/2017 e posteriormente a Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista.

A Lei 13.467/17 conduz importantes alterações no direito do trabalho, no processo do trabalho e na justiça do trabalho, devendo ser interpretada à luz da CF e dos princípios que os regem,³² principalmente regulamentando a presente análise.

³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 31 de mar. 2018.

³¹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa e NETO, Francisco Ferreira Jorge. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. v.2. nº 11. Porto Alegre: Magister, 2006, p. 11.

³² SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da lei n. 13.467/17. 1.ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 9.

Nesta senda, é relevante destacar a posição do advogado Adriano Dutra da Silveira, no conceituar a terceirização:³³

[...] uma ferramenta e gestão e um processo irreversível no cenário econômico mundial. O que preciso, no meu entender, é que seja aplicada de maneira adequada, a fim e proporcionar ganhos para todos os envolvidos e permitir resultados economicamente viáveis e socialmente justos. Considero fundamental entender a terceirização como uma prática empresarial recorrente e importante no que se refere ao aumento da competitividade, melhoria de processos, ganhos de qualidade, desenvolvimento de uma cadeia produtiva, otimização de custos, fomento do empreendedorismo, geração de empregos formais e desenvolvimento econômico.

A aplicabilidade desta nova sistemática mostra-se, a princípio, favorável à sociedade, sendo uma realidade mundial, tratando-se de uma ferramenta de suma importância para o desenvolvimento social e econômico do nosso País.

A nova legislação traz à baila a possibilidade ampla da terceirização para atividades-fim, deixando claro que pode contratar serviços para todas as suas atividades, inclusive as principais. Sobre o assunto, vejamos os ensinamentos do ilustre ministro Maurício Godinho Delgado que assevera:³⁴

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definidoras da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Pelo mesmo direcionamento, Luciano Martinez traz que a atividade-fim, pode ser conceituada:³⁵

Como a tarefa intimamente relacionada ao objetivo social da empresa, normalmente identificado em seus estatutos constitutivos. Assim, pode-se afirmar que a atividade-fim de uma escola é a prestação de ensino e de planejamento didático da educação. Seguindo o mesmo raciocínio, a atividade-fim de um banco é a intermediação de capitais por meio de diversas operações financeiras, e a de uma siderúrgica é a metalurgia do ferro e do aço.

Neste seguimento, entenda-se que a atividades-fim de estão diretamente ligadas ao objeto social da empresa, sendo que sem ela o estabelecimento não realizada seu objetivo, ou seja, sua atividade principal.

³³ SILVEIRA, Adriano Dutra da; MARTELLO, Adriana; TORRES, Ana Carolina Tavares; MAFRA, Fabiana Guerra; SORA, Fernando di; FREITAS, Walter. *Gestão de Risco da Terceirização*. Porto Alegre: Badejo Editorial, 2017, p. 13-14.

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p.450.

³⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.p.205.

Importante referir que a Lei 13.429/2017, adota a teoria subjetiva, determinando pelo sujeito, isto posto, a empresa prestadora de serviços a terceiros, já a Lei 13.467/2017, adota a teoria objetiva, definindo pela atividade.³⁶

Vejamos a redação dada pela Lei n. 13.467, em seu artigo 4º-A:³⁷

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Neste ínterim, a Lei 13.467/2017 – conhecida como Reforma Trabalhista-, traz com precisão e clareza, artigos que asseguram direitos aos trabalhadores terceirizados, disciplinando que a empresa poderá terceirizar qualquer uma de suas atividades, inclusive sua atividade principal. Ainda, que os trabalhadores da empresa prestadora de serviços deverão ter as mesmas condições de trabalho oferecidas aos trabalhadores da empresa contratante, incluindo alimentação, serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, treinamento, condições sanitárias e medidas de proteção à saúde e segurança do trabalho. Com intuito de buscar uma segurança jurídica a todos os envolvidos, fomentando mudança cultural e paradigmática sobre o tema, evitando que os trabalhadores sejam dispensados e contratados como terceirizados, também traz em seu dispositivo uma proteção, sendo vedada a pejetização e a recontração de ex-empregado por prestadora pelo prazo de 18 meses.

Vejamos:³⁸

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

³⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017, p. 167-168.

³⁷BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 14 de abr. 2018.

³⁸BRASIL, Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em 15 de abr. de 2018.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado

Por este ângulo, no entanto, mudanças significativas em prol de uma terceirização correta, não gerando prejuízo ao mercado e aos profissionais envolvidos. Imperioso acrescentar que há de ser bem planejado com suas devidas fiscalizações, garantindo a proteção aos trabalhadores que dela participam, acabando com a sua insegurança jurídica, inclusive para as empresas envolvidas nas negociações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto, o presente trabalho analisou o desenvolvimento do tema terceirização no Brasil, desde o marco referencial até o presente momento com advento da Lei n. 13.467/2017. O tema abordado é extrema relevância social e Jurídica, pois o acúmulo de demandas na Justiça do Trabalho gera nos jurisdicionados sentimentos de descrença nas instituições estatais e de injustiça, malferindo o vetor constitucional dos trabalhadores, criando expectativas frustradas e insegurança jurídica aos empresários.

Essa nova forma de relação de trabalho se expandiu diante da realidade de recessão econômica e adoção, por parte das empresas e do Estado, de novos modelos de gestão que reestruturavam sua forma de produzir e gerir o trabalho, em paralelo a falta de segurança e das dificuldades de empreender em um país cuja economia é extremamente sensível.

No intuito de tornar o mercado dinâmico e competitivo, novas mudanças se fazem necessárias, visando geração de empregos numa sociedade moderna, com segurança para empresas e trabalhadores. São muitas as críticas relativas à amplitude da terceirização, ao fato

de encontrar o ponto de equilíbrio entre trabalho terceirizado e trabalho vinculado à relação empregatícia.

No ponto de vista das autoras, se bem conduzida e cercada das cautelas necessárias, a terceirização não gera conflito nem mesmo insegurança jurídica, mas sim oportunidades de negócios que contemplam novas modalidades de trabalho. A terceirização é cada vez mais uma realidade nas empresas brasileiras e também deve ser vista como uma ferramenta gerencial, surgindo uma grande alternativa estratégica à produtividade, qualidade e inovação. Sendo um marco para o caminho do desenvolvimento, promovendo o crescimento econômico e social.

O tema em questão é utilizado como ferramenta de gestão, acompanhando a modernidade e posicionamento competitivo no contexto atual. Vem com intuito de proporcionar melhores resultados para o melhor desenvolvimento das empresas brasileiras, permitindo promover maiores níveis de eficiência, eficácia e efetividade.

O que deve ser observado, é o correto planejamento da terceirização, buscando cada vez mais soluções para os problemas advindos com a crise econômica, política e financeira, sintetizadas na crise do atual do Brasil.

Nesta conjuntura, a terceirização, desde que aplicada de forma correta, traz em si a modernidade, aliada a mecanismos de controle de gestão e desenvolvimento. Contudo, é necessário cautela, para que a terceirização não se torne uma estratégia para ganhos com a redução de custos administrativos, com total desrespeito aos direitos trabalhistas, na busca da redução de despesas e contratação de mão de obra pouco qualificada, sem respeito aos mínimos direitos dos trabalhadores.

A transformação é necessária, diante da necessidade do aumento da competitividade nas organizações mundiais, implementando a terceirização nas mais diversas partes do mundo e setores da economia, lembrando ser um fato econômico indispensável para gerar empregos numa sociedade moderna, buscando a melhor maneira de terceirizar serviços com segurança para as empresas e respeito para com os trabalhadores.

Frisa-se que no uso fraudulento deste instituto, gera não só o descrédito das instituições, mas a dificuldade das empresas que buscam conduzir a administração de maneira hígida junto as suas obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias, que acabam em descrédito junto ao Judiciário Trabalhista. Esse descrédito, traz consequências para toda

a sociedade, pois considera o instituto da terceirização sendo enfraquecido, traz como consequência a precarização do trabalho.

Por certo, este modelo de contratação, como qualquer modelo de gestão, apresenta vantagens e desvantagens, razão pelo qual deve ser analisada de acordo com o caso concreto, considerando inclusive, o tipo de serviço a ser prestado.

Neste entendimento, incansável busca pela terceirização justa e que respeite o ordenamento jurídico, ensejando, deste modo, uma via de acesso eficiente à contratação com previsão legal e à efetivação dos direitos dos prestadores de serviços, com a nova redação da Lei da Reforma Trabalhista.

Oportuno referir ainda, que quando o tema terceirização é tratado de forma lícita, esta traz benefícios, como por exemplo, a diminuição das despesas por parte da tomadora de serviços, com intuito de minimizar custos com a mão de obra, encargos sociais, entre outros, consequentemente gerando mais contratações de profissionais através de uma terceirizada, prestadora de serviços, e assim gera mais empregos, oportunizando maior movimentação da economia.

Acreditamos que a nova lei torna flexíveis as contratações, assim, reduzindo a taxa de desempregados no Brasil diante a crise econômica atual, como já explanada, tendo em vista que a terceirização dará uma maior competitividade à empresa, gerando empregos diretos e indiretos, bem como gerará arrecadação para o Estado.

Além disto, a terceirização, de certa forma, está em concordância com a realidade atual, acompanhando uma tendência mundial.

No entanto, a jurisprudência ainda é pouco formada nesse sentido, e o instituto da terceirização ainda será análise de muito debate e controvérsia, principalmente no tocante contratação das atividades-fim, especialmente por que a nova lei apenas será aplicada aos e quando os contratos firmados já em sua vigência começarem a ser discutidos, o que ainda é insipiente na justiça do trabalho, considerando o curto espaço de tempo desde a entrada em vigor da norma modificada.

Por fim, diante da alteração e previsão legal da terceirização nas atividades-fim e as garantias previstas na lei, mudanças mais profundas e significativas se fazem necessárias. Mas, como refere o velho provérbio oriental, “uma viagem de mil léguas começa com o primeiro passo”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. LEI Nº 6.019, DE 3 DE JANEIRO DE 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 14 de abr. 2018.

_____. Congresso Nacional. **LEI Nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 31 de mar. 2018.

CORREIA, Alysson Soares Gomes. **Terceirização: a responsabilidade da administração pública em face da nova redação da Súmula 331, do TST**. Aracaju, UNIT, 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa e NETO, Francisco Ferreira Jorge. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. V.2. nº 11. Porto Alegre: Magister, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. São Paulo: DIEESE, 2007.

_____. **Impactos da lei de contrato temporário e da terceirização**. São Paulo, abr. 2017.(Nota Técnica, 175). Disponível em: <http://sindesc.com.br/wp-content/uploads/2017/05/DIEESE_NOTA_TEC_178_reforma_trabalhista.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2010.

_____, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**.11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Alguns aspectos sobre terceirização. **Terceirização: um fenômeno ofensivo, danoso e ilegal**. Belo Horizonte: RTM, 2014.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

MACIEL, José Alberto Couto. **Terceirização: reflexos da lei de decisões do STF sobre sua validade comentários à lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização**. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo, v.53, n.029.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Sérgio Pinto. **Terceirização no Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

Otávio Pinto e SILVA. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho**. Ed. LTr. São Paulo. 2004.

PEREIRA, André Arnaldo. **Nova Lei da Terceirização: o que vai mudar?**
Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/andrearnaldopereira/artigos/nova-lei-da-terceirizacao-o-que-vai-mudar-3520>>. Acesso em: maio 2017.

PEREIRA, João Batista Brito. **A Efetividade do direito e do Processo do Trabalho**. A Terceirização, a Lei e a Súmula nº 331 Do TST. Rio de Janeiro: Elsevier.

PEREIRA, Maria Erica Ribeiro; FROTA, Maria Helena de Paula. **Terceirização na Política de Assistência Social: ouvindo os trabalhadores**. Textos & Contextos. Porto Alegre, v. 16, n. 1, jan./jul. 2017.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho esquematizado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Anselmo Luis dos; BIAVASCHI, Magda Barros. **A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST**. 20-26. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da lei n. 13.467/17**. 1.ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SILVEIRA, Adriano Dutra da; MARTELLO, Adriana; TORRES, Ana Carolina Tavares; MAFRA, Fabiana Guerra; SORA, Fernando di; FREITAS, Walter. **Gestão de Risco da Terceirização**. Porto Alegre: Badejo Editorial, 2017.

TST. **Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em mar. 2018.

A RELEVÂNCIA DA VISÃO SISTÊMICA POR PARTE DO OPERADOR DO DIREITO NA GESTÃO DE CONFLITOS NO CENÁRIO ORGANIZACIONAL

Carolina Dutra Normey¹

Márcia Sarubbi Lippmann²

Resumo: O presente artigo mostra a necessidade de mudanças de paradigmas, tanto na vida em sociedade, quanto no âmbito jurídico, apresentando que a forma de relacionar-se moldada em antigos padrões já não responde os anseios e demandas da humanidade. Nunca foi tão necessário enxergar de forma positiva o que sempre teve um viés negativo como os conflitos. Desta forma, encontrar formas de gestão e de resolução de conflitos também no âmbito organizacional é fundamental para quebra de paradigmas que hoje já não atendem de forma eficaz as relações humanas. Assim entende-se que a contribuição da visão sistêmica, alicerçada nas Ordens do Amor e da Ajuda sistematizadas por Bert Hellinger e seus impactos na gestão de conflitos no cenário empresarial, seja essencial para o operador do direito que lida com conflitos.

Palavras-chaves: Conflito; Direito Sistêmico, Gestão de conflitos, Visão positiva do conflito; Visão sistêmica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar a relevância da visão sistêmica por parte do operador do direito na gestão de conflitos no cenário organizacional, para tanto principia-se apresentando noções preliminares sobre conflito, passando para visão positiva do mesmo, a qual está em sintonia com a Moderna Teoria dos Conflitos e se apresenta como sendo essencial para que o operador do direito, possa resolver conflitos de forma empática e resolutiva.

Trata-se ainda de forma específica dos conflitos no âmbito organizacional, para por fim, abordar a relevância da visão sistêmica na resolução dos mesmos, aqui compreendida como um recurso que permite ao operador do direito perceber de forma ampla e complexo

¹ Graduada em Direito pela FADISMA. Advogada OAB/RS 78.838. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Damásio. Endereço eletrônico: carolina_normey@hotmail.com.

² Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC, Doutoranda em Ciência Jurídica pela UMINHO-Portugal. <http://lattes.cnpq.br/9811370847348322> Endereço Eletrônico: marciasarubbi@gmail.com.

as dinâmicas que se apresentam nos conflitos no cenário organizacional, buscando sempre uma solução que empodere as partes e que seja percebida como positiva para todo o sistema.

1. NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO CONFLITO

O homem tem vocação natural e características para a sociabilidade. Baseado nesta natureza social para viver em sociedade, nasce também o Estado e o Direito.

Nesse sentido, já dizia Aristóteles, “o homem é um animal social”³, pois se observa que em razão de ser tão dinâmico ele transforma e é transformado.

Desta forma, os atritos nas relações interpessoais, organizacionais e inclusive interpessoais fazem parte desde sempre podendo estes serem de caráter emocional, social, ideológico, familiar, choque de valores, escassez de recursos dentre outros tantos, dando origem a um fenômeno comum e recorrente na sociedade, o conflito.

O termo conflito tem sua origem no latim, *Conflictos*, que significa choque, desacordo. Trata-se de algo que é totalmente inerente aos acontecimentos ao cotidiano de todo ser humano e pode ser compreendido como um estado antagônico de ideias.

Para a psicologia corresponde a tensão produzida pela presença simultânea de motivos contraditórios segundo a psicanálise. No âmbito da sociologia nos remete a competição consciente de indivíduos ou grupos sociais que visem à sujeição ou a destruição do rival.

A eterna existência de interesses contrapostos ou contrários sempre trouxe a necessidade de criar normas, e uma ordem jurídica que no início arquitetava um ideal de justiça que logo se mostrou insuficiente e inatingível, com isso, a busca pela resolução dos conflitos vem evoluindo com técnicas como autotutela; autocomposição; arbitragem; jurisdição; mediação.

A teoria dos Conflitos ainda não é uma teoria consagrada, está em construção, pois consolidar uma teoria que trata de algo tão profundo e complexo exige a análise constante de elementos como o ser humano e sua complexidade.

³ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: EDIPRO, 2019, p. 13.

A construção desta teoria tem como objeto as relações sociais, pois não há dúvidas que tais conflitos têm origem da simples interação social entre os seres humanos, pois todos os movimentos que fazemos diariamente em sociedade podem dar origem a um conflito.

O Direito, se apresenta como um norte para disciplina da social e gestão dos conflitos, que através de uma trama complexa de normas jurídicas disciplina como resolver conflitos de pretensões incompatíveis entre duas ou mais pessoas, assim como normatiza e elenca condutas que são classificadas em permitidas e não permitidas.

Etelman pontua que as condutas permitidas ou não sancionadas podem ser ainda subdivididas em não obrigatórias e obrigatórias. Tais condutas seriam o oposto contraditório em termos lógico, das condutas proibidas.⁴

O mesmo autor ainda explica que o amplo universo daquilo que é permitido é um campo cheio de possibilidades para o crescimento de conflitos. Nesta senda, neste universo não há a proibição de “pretender” objetivos incompatíveis com as pretensões do outro. Quando ocorre a confrontação entre pretensões igualmente permitidas, mas incompatíveis, nos encontramos frente a um problema que carece de solução no ordenamento jurídico e na ciência do direito.⁵

O Conflito quando mal encarado pode transcender ao comportamento competitivo e vestir-se de um propósito adicional de infligir danos morais e também físicos ao oponente se assim visto, dando vação a uma dinâmica negativa.

O que se pode sim afirmar é que os conflitos são inerentes a essência da sociedade, e que não há possibilidade de desaparecimento ou total solução deles, assim como não se pode negar-lhes a sua função social na evolução como um todo, já que através de um olhar positivo perante um conflito se obtém soluções ainda não previstas ou ainda se cria novas realidades.

⁴ ETELMAN, Remo F. **Teoria de Conflictos: Hacia un nuevo paradigma**. Barcelona, Ed. Gedisa, 2002, p. 42.

⁵ ETELMAN, Remo F. **Teoria de Conflictos: Hacia un nuevo paradigma**. Barcelona, Ed. Gedisa, 2002, p. 50.

2. VISÃO POSITIVA DO CONFLITO E SUA RELEVÂNCIA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como mencionado anteriormente, a grande maioria das pessoas associa o conflito a situações negativas e o sente como um desafio desagradável, decorrente da não cooperação, que embasa a visão tradicional do conflito, porém tal ideia vem sendo superada e tem-se como marco de tal superação o surgimento da Escola de Relações Humanas, dando um viés mais natural ao conflito, mostrando que não se pode fugir dele, apenas se pode optar por encará-lo de forma negativa ou positiva, tanto nas relações interpessoais quanto nos grupos organizacionais.

Segundo Vicente, no seu livro a Teoria do Processo de Mediação, a nova teoria do conflito tem como objetivo mostrar uma visão diferente, uma vez que as próprias pessoas que passaram por conflitos, principalmente aqueles que resolveram em mediações transformativas, muitas das vezes concluíram que quando resolvido o conflito desta forma, saíram da situação mais próximos da outra pessoa envolvida, com sentimento de paz, e com sentimento de crescimento⁶.

Com isso, somando com as informações antes mencionadas, de que o conflito é inerente às relações humanas, fica claro que não necessariamente é algo destrutivo, e dependendo da maneira com que a resolução for conduzida, ele poderá ser construtivo e transformador.

Da mesma forma, partindo de uma visão interacionista, o conflito é fonte de oportunidade, podendo gerar uma competição saudável alcançando benefícios e evolução a nível organizacional.

Para Berg, o conflito nos tempos atuais é inevitável e sempre evidente. Entretanto, compreendê-lo, e saber lidar com ele, é fundamental para o seu sucesso pessoal e profissional.⁷

No mundo jurídico, cada vez mais se vê o Poder Judiciário acolhendo este viés positivo ao conflito, otimizando a prestação jurisdicional e aproximando a justiça do humano.

⁶ VICENTE, Laila Maria Domith. **Teoria do Processo de mediação**. Rio de Janeiro: SESES, 2018.

⁷ BERG, Ernesto Artur. **Administração de conflitos: abordagens práticas para o dia a dia**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 28

Porém, em razão da cultura do litígio enraizada em nossa sociedade e em participar nos operadores do direito, a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos, é um desafio para o profissional do Direito, assim como a compreensão de que a sociedade contemporânea clama por algo a mais que litígios e processos intermináveis, buscando assim uma solução empática de que produza autonomia entre as partes. Não se pode esquecer que tais paradigmas são milenares, e que se está iniciando uma nova era, aquela que entende como caminho a escuta-ativa; cooperação mútua, o olhar multidisciplinar impulsionando a ressignificação dos conflitos.

Para migrar para esta posição colaborativa, o operador do direito, trazendo como exemplo específico o Advogado, deve romper alguns paradigmas e presunções sobre questões pessoais e da sua profissão. Como aponta Julie Macfarlane⁸, a presunção de que defender o cliente é incompatível com a promoção da paz e somente as pessoas neutras são agentes reais da resolução do conflito.

Neste sentido, para que uma advocacia consensual e humanizada, voltada a resolução do conflito seja exercida, é necessário a adoção de um pensamento mais amplo, para que então seja possível, abordar a complexidade do conflito e suas nuances, assim o pensamento sistêmico, ser apresenta como um recurso essencial para aqueles que pretendem atuar na resolução consensual de conflitos.

3. CONFLITOS NO CENÁRIO ORGANIZACIONAL

Uma organização é um conjunto de indivíduos que se arranjam em subgrupos. O desenvolvimento da organização depende diretamente das relações humanas harmoniosas entre os grupos interdependentes, lembrando que alguns conflitos intergrupais são inevitáveis.

Não seria diferente em um ambiente de trabalho. Afinal, cada pessoa possui sua personalidade, suas vivências, e um modo de pensar específico. Nada mais normal que as perspectivas e experiências de cada um sejam únicas, ocasionando desentendimentos e choques de ideias, o que pode ser manejado de forma proveitosa através de uma gestão adequada do conflito.

⁸ MACFARLANE, Julie. **The new lawyer – How settlement is transforming the practice of law.** Vancouver/CA. UBC Press. 2008. p. 97.

Segundo Vicente, os conflitos podem ser construtivos e destrutivos⁹.

Para que se tenha um resultado positivo e construtivo provenientes dos conflitos organizacionais, fundamental entender os comportamentos intergrupais dentro de uma organização. Da mesma forma se verificará o resultado construtivo quando após a resolução levada a cabo as pessoas saiam fortalecidas e conseqüentemente a rede social se mantenha firme e sólida, estimulando as partes a desenvolverem soluções criativas que contabilizem interesses que a princípio eram contrapostos; propiciando condições que permitam reformular questões que em um primeiro momento eram um impasse.

Parte-se do princípio que todo conflito organizacional é composto por pessoas e conseqüentemente possuem em seu interno, conflitos interpessoais e intrapessoais.

Desta forma, a organização é vista como um sistema, no qual estão inseridos indivíduos provenientes de vários outros sistemas e que interagem que forma cotidiana. A gestão dos conflitos no cenário organizacional, precisa levar em consideração as dinâmicas internas dos colaboradores, assim como as questões conflitiva do relacionamento intercolaboradores. Aqui iremos nos ater apenas a menção dessas dinâmicas, pois os conflitos organizacionais também podem abarcar conflitos interorganizações, o que não é o objeto central do presente artigo.

Traz-se neste mesmo sentido o pensamento sistêmico, associado ao paradigma ecológico que se reveste de um método preocupado com a integração e o dinamismo do todo, a ser analisado nas relações circulares entre partes e partes, e entre estas e o todo.¹⁰ Segundo a visão sistêmica, o modelo causal passa a ser visto de forma interconectada, tendo como base a ideia de reciprocidade de influência.

Tal pensamento fornece mais recursos para análise dos conflitos interpessoais e conseqüentemente para os conflitos organizacionais, pois não se limita ao olhar cartesiano de causa e efeito.

Merece ser mencionado que atualmente o indivíduo assume múltiplos papéis, exercendo papel de mãe/pai, profissional as vezes em dois empregos e ambientes organizacionais diversos, com sistemas diversos, ocorrendo uma sobrecarga elevando os

⁹ VICENTE, Laila Maria Domith. **Teoria do Processo de mediação**. Rio de Janeiro: SESES, 2018, p.36.

¹⁰ BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. (2018) Conexões entre Pensamento Sistêmico, Constelações Sistêmicas e Direito Sistêmico. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. p. 4/153. Disponível em: 10.26668/IndexLawJournals/2526-026x/2018. V4i1.4202. Acesso em janeiro 2019.

níveis de estresse da pessoa, diminuindo sua capacidade de encarar de forma positiva os conflitos e impasses do cotidiano.

No âmbito organizacional, cada departamento desenvolve objetivos e metas voltados para suas respectivas missões. O modo com que os gestores identificam e conduzem situações de conflito reflete diretamente para consequências que podem ser positivas ou negativas para a organização e para os demais indivíduos envolvidos no conflito.

Estas situações podem ter origem das necessidades mais básicas do ser humano, ou ainda problemas intrapessoais ou interpessoais decorrentes de outro sistema que não diretamente da empresa por exemplo, o que dependerá da capacidade, sensibilidade e expertise dos gestores detectarem e mediarem da melhor forma possível.

Desta forma, menciona-se a pirâmide de Maslow, que estabelece que os fatores de satisfação do ser humano dividem-se em cinco níveis dispostos em forma de pirâmide. Na base estão as necessidades fisiológicas e de segurança; o topo é constituído pelas de nível alto como a busca pela individualização do ser, seriam as necessidades sociais de auto realização. Acredita que a medida que um nível é atendido o outro torna-se dominante.

Seguindo esta visão sistêmica, mas adentrando a análise das organizações e de seus conflitos, tem-se como pressuposto que a resolução do conflito deve ser encarada e adequada para todo o sistema organizacional. No caso de uma empresa, esta jamais será vista de forma isolada, mas sim como um organismo vivo que precisa se fortalecer para que suas atividades sejam exercidas da melhor maneira.¹¹

A partir deste novo olhar, exsurge o direito sistêmico, que aplica o pensamento e postura sistêmica no âmbito jurídico, trazendo uma visão holística do conflito e mais humanizada de suas práticas, fazendo com que as partes envolvidas sintam-se pertencentes e confortáveis para o diálogo, empoderando-as para que haja uma escuta ativa e maior capacidade de elas próprias tomarem para si suas questões e emaranhamentos, trazendo uma nova postura também aos operadores do direito que deverão de seus lugares facilitar a resolução ou gestão dos conflitos no intuito de que todos tenham a sensação de pacificação mútua o que não se consegue com uma sentença imposta.

Corroborando com a cultura da paz trazida no âmbito jurídico pelo direito sistêmico, o novo Código de Processo Civil, traz os métodos alternativos de resolução de conflitos,

¹¹ LIPPMANN, Marcia Sarubbi. **Direito Sistêmico a serviço da cultura da paz**. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2019, p. 65.

dentre eles os mais conhecidos são: a conciliação, a mediação e a arbitragem, sendo que outras opções, como por exemplo, a aplicação das Constelações Familiares e a Justiça Restaurativa também têm grande aplicabilidade, aceitação e eficácia.

4. PENSAMENTO SISTÊMICO E SUA RELEVÂNCIA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORGANIZACIONAIS

Conforme exposto nos capítulos anteriores, o conflito é inerente as relações tanto pessoais, interpessoais quanto organizacionais, podendo ser tratado e conduzido a partir de um olhar transformador e sistêmico ser a porta de entrada para a solução de muitas questões que até então não seriam olhadas do ponto de vista litigante.

Desta forma, sob a ótica sistêmica, quando buscamos equilibrar uma empresa, precisamos compreender as complexas dinâmicas que envolvem as relações empresarias. A empresa jamais é vista isoladamente.¹²

Vale esclarecer que a prática sistêmica tem de ser vista como mais uma alternativa para o alcance da justiça, e não apresenta óbice para os conflitos adversários se assim se fizer necessário, o que sim ela traz é um olhar mais profundo e que resolverá os conflitos de forma mais efetiva trazendo à tona as dinâmicas ocultas por trás da questão.

Mas afinal como se pode aplicar a visão sistêmica na gestão de conflitos na esfera organizacional?

Primeiramente tem-se de enfrentar as relações ou situações conflituosas como um todo, ou seja, de forma conectada, interdependente e complexas. Colocar em prática a visão sistêmica é analisar as relações humanas sob as quais convergem leis superiores, baseadas nas leis do amor formuladas por Bert Hellinger, que foi um dos precursores no assunto.

Para entender como aplicá-la, se faz necessário citar a obra “Ordens do amor”, Bert Hellinger, onde pontua três ordens ligadas à prática sistêmica: lei do pertencimento, lei da hierarquia e a lei do dar e tomar, como traz Bianca Pizzatto Carvalho e conforme se explica a seguir¹³.

¹² LIPPMANN, Marcia Sarubbi. **Direito Sistêmico a serviço da cultura da paz**. SC: Manuscritos Editora, 2019, p. 65.

¹³ CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica: uma prática humanizada**. Joinville: Manuscritos, 2018, p.26.

A primeira ordem, lei do pertencimento, consiste na necessidade de integração. Para Hellinger, quando o princípio do pertencimento não é respeitado, ocorre um desequilíbrio no sistema, causando pressão para que os excluídos sejam incluídos. A lei da hierarquia é a segunda ordem do amor, corresponde ao lugar de cada um no sistema, uma vez que o membro do sistema precisa conhecer o seu devido lugar. Terceiro, a lei do equilíbrio (dar e tomar), é basicamente a possibilidade, dentro de uma relação, de ambos poderem oferecer e receber com igualdade.

De suma importância mencionar outro livro, cujo título fora denominado “Ordens da ajuda”, o filósofo Bert Hellinger estabeleceu mais preceitos, os quais consistem, resumidamente, nas leis a seguir delineadas¹⁴.

A primeira ordem da ajuda consiste em dar apenas o que se tem e somente esperar e tomar o que se necessita. Nesse sentido, Hellinger: “A primeira desordem da ajuda começa quando uma pessoa quer dar o que não tem, e a outra quer tomar algo de que não precisa”. A segunda ordem está relacionada à “nos submetemos às circunstâncias e somente interferir e apoiar à medida que elas o permitirem.”. A seguir, a quarta ordem prevê que “a empatia do ajudante deve ser menos pessoal, mas sobretudo sistêmica. Ele não se envolve num relacionamento pessoal com o cliente.” Por fim, a quinta ordem está relacionada a respeitar as diferenças, isto é, reconhecer o amor a cada um como ele é, por mais que ele seja diferente¹⁵.

Em suma, tais ordens embasam o pensamento sistêmico, que se em desordem originarão conflitos, até que colocadas na sua ordem cessam e prevalece o equilíbrio nas relações.

Como já dito, os princípios de Bert Hellinger em relação às ordens do amor podem e devem ser aplicados na resolução de conflitos de uma empresa, um exemplo concreto seria a “ordem da hierarquia” que trata da ordem natural dos indivíduos dentro de um grupo, exemplificando, o fundador de uma empresa vem, ordenadamente, antes do empregado, é um processo de sucessão natural, e por tal razão, aqueles que vieram depois devem respeitar e honrar o fundador. Não são poucas as vezes que se verifica críticas e questionamentos

¹⁴ HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. 1 ed. Patos de Minas: Atman, 2005, p.172.

¹⁵ HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. 1 ed. Patos de Minas: Atman, 2005, p.208.

sobre decisões tomadas pelo fundador ou métodos que este adota para o funcionamento de uma empresa, porém deve-se lembrar que uma empresa não existe sem seu instituidor e sem todos os que contribuíram para que ela existisse. Em suma, os antecessores devem ser honrados, caso não, haverá um desequilíbrio naquele sistema, o que poderá acabar em insubordinação de seus funcionários.

Nesta senda, para que sejam aplicadas as leis que regem todos os sistemas vivos acima citadas, nas relações empresariais com maior objetividade, tem-se as Constelações Organizacionais de Gunthard Weber e as Constelações Estruturais (SySt) de Insa Sparrer e Matthias Varga von Kibed.

Empresas são mais complexas que as famílias, uma vez que estas têm um determinado objetivo e pertencer a uma empresa pode ser escolha e da mesma forma pode ser um vínculo passível de rescisão, o que não acontece com a família que não rompemos o sistema nunca.

Através das Constelações Organizacionais, baseadas nas leis de Bert também, se buscará diagnosticar o problema e mostrar as alterações necessárias para gerir ou resolver os problemas, sempre lembrando que uma empresa é composta por subsistemas, tanto dos proprietários/sócios quanto dos seus funcionários.

Na visão sistêmica para que uma empresa seja saudável, o fundador desta deve ser sempre respeitado, honrado, e isso não quer dizer que mudanças e aprimoramentos não possam ser feitos, muito pelo contrário, mas honrar o DNA da empresa fará com que a mesma alcance seus reais objetivos e tenha abundância no sentido mais amplo da palavra.

Outro exemplo bastante recorrente no dia a dia das empresas e que pode ser visto pela prática as Constelações é quando há uma demissão de colaboradores e tal atitude é vista como injusta pelos demais. Nestes casos se pode atuar de forma preventiva, evitando possíveis demandas trabalhistas e evitando a queda da produtividade dos que continuam na empresa. Segunda a visão sistêmica, a “demissão injusta”, poderá ser percebida das seguintes formas: Lealdade dos demais colaboradores com aquele demitido, que trará a eles um sentimento de culpa, por terem permanecido no emprego, afetando a produtividade e o respeito hierárquico necessário, ou ainda o temor de que sejam também demitidos injustamente, deixando de desempenhar suas funções com o máximo de foco e excelência.

Colocando em prática os princípios estabelecidos por Bert Hellinger em relação às ordens do amor no cotidiano de uma empresa, por exemplo, quando descumprida “ordem do

pertencimento”, por exemplo, onde determina que todos os indivíduos têm o lugar certo em um grupo, pode gerar significativos prejuízos.

Exemplo disso é a exclusão ou a falta de atenção a um departamento ou setor de uma empresa, ou até mesmo de um funcionário, a partir desta exclusão o excluído ou os, poderão buscar se reestabelecer em outra empresa, o que pode gerar grandes prejuízos para a instituição. Então na esfera empresarial o princípio do pertencimento é importante para manter o contrato de trabalho saudável, vendo e dando o lugar que lhe pertence seja ao setor ou a um indivíduo.

Com a visão sistêmica a empresa jamais é vista isoladamente, mas sim, analisada como um organismo vivo, que precisa ser fortalecida constantemente para exercer suas atividades.

O uso da abordagem sistêmica auxilia também nas negociações, ajudando a prepará-las, dando uma visão prévia que até então poderiam não estar aparentes na simples leitura de um contrato, uma vez que será utilizado recurso fenomenológico¹⁶, trazendo a possibilidade de construir efetivamente estratégias criativas para serem usadas no momento da negociação.

Por fim, não esgotando o tema, mas trazendo uma breve abordagem, a ferramenta aqui trazida qual seja, prática sistêmica através das constelações, é uma das técnicas utilizadas nesse meio, lembrando da importância de que tal técnica seja desenvolvida por profissionais capacitados para tanto.

CONCLUSÃO

Conforme apresentando no corpo do artigo, o conflito visto como algo unicamente negativo, traz perdas, dores e emaranhamentos entre as partes envolvidas, no entanto quando o percebemos de uma forma positiva permite o crescimento e a mudança necessária para que o novo se apresente e que caminhos se abram.

O profissional da área jurídica, quando consegue desfazer-se da armadura de lutador, litigante e assumir sua posição de facilitador, cooperador, deixando que as partes sintam que o conflito lhes pertence e que os operadores do direito são facilitadores que devem trazer as

¹⁶ GIRARDI, LIPPMANN E OLDONI. **Direito Sistêmico: a aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 2 ed. Ver e ampl. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018, p 13.

alternativas de solução, mas não tomarem para si questões que dependem das primeiras, alcançarão mais leveza e poderão dos seus lugares ajudarem e sentirem-se fortalecidos para analisarem com clareza o que está em jogo.

Por fim, a abordagem sistêmica no âmbito dos conflitos organizacionais traz esse olhar mais amplo, atuando na resolução de conflitos de forma efetiva, valendo-se de soluções que incluam todo o sistema, pois a empresa tem alma, uma vez que são sistemas formados por pessoas que muitas vezes dedicam uma vida toda as vezes gerações, para o funcionamento de uma empresa, apostando suas esperanças e tendo como missão de vida, mas também depositam nelas suas frustrações mesmo que de forma inconsciente.

REFERÊNCIA

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: EDIPRO, 2019.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. (2018) **Conexões entre Pensamento Sistêmico, Constelações Sistêmicas e Direito Sistêmico**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça. 4/153. Disponível em: 10.26668/IndexLawJournals/2526-026x/2018. V4i1.4202.

BERG, Ernesto Artur. **Administração de conflitos: abordagens práticas para o dia a dia**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica: uma prática humanizada**. Joinville: Manuscritos, 2018.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. 1 ed. Patos de Minas: Atman, 2005.

ETELMAN, Remo F. **Teoria de Conflictos: Hacia un nuevo paradigma**. Barcelona, Ed. Gedisa, 2002.

GIRARDI, LIPPMANN E OLDONI. **Direito Sistêmico: a aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 2 ed. Ver e ampl. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

MACFARLANE, Julie. **The new lawyer – How settlement is transforming the practice of law**. Vancouver/CA: UBC Press. 2008.

LIPPMANN, Marcia Sarubbi. **Direito sistêmico, a serviço da cultura da paz**. SC: Manuscritos Editora, 2019.

VICENTE, Laila Maria Domith. **Teoria do Processo de mediação**. Rio de Janeiro: SESES, 2018.

ASSISTÊNCIA SOCIAL: O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) COMO VETOR DE PROTEÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Caroline Albiere Porto¹

RESUMO: O presente trabalho apresenta como ponto central o Benefício da Prestação Continuada – BPC e, a partir do mesmo, busca-se demonstrar o quão importante se faz frente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, a fim de atingi-lo, almeja-se inicialmente expor que a Assistência Social possui uma função social de extrema importância e busca, através do seu principal benefício assistencial, garantir aos seus beneficiários condições mínimas para que possuam uma vida alicerçada na dignidade da pessoa humana. O referido benefício foi escolhido em virtude da sua importância para a sociedade e, por essa razão, busca-se exteriorizar o seu comprometimento em combater a miserabilidade e proteger a dignidade da pessoa humana. A problemática estabelecida se dá em torno do seguinte questionamento: Qual a função social exercida pela Assistência Social e em que medida o Benefício da Prestação Continuada - BPC, especificamente, contribui para a proteção da dignidade da pessoa humana inerente as pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que se encontram em situação de miserabilidade? Por conseguinte, o objetivo principal dessa análise é demonstrar a função social desempenhada pela Assistência Social e, posteriormente, evidenciar a importância do Benefício de Prestação Continuada – BPC para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana inerente às pessoas com deficiência e aos idosos que se encontram em situação de extrema desigualdade social. Para tanto, adotou-se como metodologia a pesquisa qualitativa e a bibliográfica.

Palavras-chave: Assistência Social. Benefício de Prestação Continuada. Dignidade Humana.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar que a Assistência Social possui uma função de suma importância para a sociedade e, em ato contínuo, realizar uma breve análise acerca da atuação do Benefício de Prestação Continuada – BPC como vetor de proteção, e conseqüentemente, de promoção da dignidade humana. A escolha dessa temática se deu em razão da importância da assistência social e dos seus benefícios e serviços assistenciais para a sociedade e, por essa razão, busca-se exteriorizar o seu comprometimento em combater a miserabilidade e proteger a dignidade da pessoa humana.

¹ Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Estácio de Sá. Pós-graduanda em Direito de Família e Mediação de Conflitos pela Faculdade Palotina de Santa Maria – FAPAS. Inscrita 103481. E-mail: carolineportoadv@gmail.com.

Objetiva-se comprovar o quão importante a Assistência Social e seus serviços e benefícios assistenciais – mais especificamente o Benefício de Prestação Continuada (BPC) – se fazem para a comunidade em geral, uma vez que atuam de forma límpida para que haja uma efetiva redução das desigualdades sociais e que seja, principalmente, resguardada e promovida a dignidade da pessoa humana.

I - A SEGURIDADE SOCIAL E SUAS ÁREAS DE ATUAÇÃO

A Seguridade Social foi instituída no Brasil pela Constituição Federal de 1988 para a “proteção do povo brasileiro (e estrangeiros em determinadas hipóteses) contra riscos sociais que podem gerar a miséria e a intranquilidade social, sendo uma conquista do Estado Social de Direito, que deverá intervir para realizar direitos fundamentais de 2ª dimensão” e, a partir de então, inseriu-se no rol dedicado à ordem social, qual seja: Capítulo II do Título VIII.² De acordo com o Art. 194, *caput*, da Constituição Federal de 1988 tem-se a seguridade social como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

A seguridade social é composta pelo direito à saúde, pela assistência social e pela previdência social e, por essa razão, indica que possui como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Nas palavras de *Ivan Kertzman*³, o legislador buscou agregar essas três áreas de atuação no sistema da seguridade social em virtude da inter-relação existente entre elas.

É de suma importância aludir que na seguridade social coexistem dois subsistemas: o **subsistema contributivo** e o **subsistema não contributivo**. O subsistema contributivo é “formado pela previdência social, que pressupõe o pagamento (real ou presumido) de contribuições previdenciárias dos segurados para a sua cobertura previdenciária e dos seus dependentes”.⁴ O subsistema não contributivo, por sua vez, é:

² AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 15.

³ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

⁴ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 16.

(...) integrado pela saúde pública e pela assistência social, pois ambas são custeadas pelos tributos em geral (especialmente as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social) e disponíveis a todas as pessoas que delas necessitarem, inexistindo a exigência de pagamento de contribuições específicas pelos usuários para o gozo dessas atividades públicas.⁵

Desse modo, objetivando-se uma melhor compreensão, faz-se cogente uma análise sucinta e individual acerca de cada uma dessas três áreas a fim de explicitar a função social a ser desempenhada pelas mesmas.

a) Previdência Social

Nos termos do Art. 201, *caput*, da Constituição Federal “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.⁶ A partir desse dispositivo legal extrai-se o entendimento de que a previdência social possui um caráter contributivo, “pois apenas terão cobertura previdenciária às pessoas que vertam contribuições ao regime que se filiaram, de maneira efetiva ou nas hipóteses presumidas por lei, sendo pressuposto para a concessão de benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes”.⁷

Em uma definição mais ampla compreende-se a previdência social como “um seguro com regime jurídico especial, pois regida por normas de Direito Público, sendo necessariamente contributiva, que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, que variarão a depender do plano de cobertura”.⁸ Segundo *Simone Barbisan Fortes*, a previdência social:

(...) organiza-se como técnica de proteção social que visa a atender ao trabalhador diante de sua impossibilidade laborativa, isto é, um complexo de instituições jurídicas que, de forma obrigatória, com medidas diretas, indenizam uma contingência, eliminam uma situação de necessidade ou evitam uma possível alteração na vida dos indivíduos.⁹

⁵ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 16.

⁶ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23/05/2017.

⁷ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 35.

⁸ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 38.

⁹ FORTES, Simone Barbisan. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde** / Simone Barbisan Fortes, Leandro Paulsen. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 24.

Atende, portanto, aos seguintes eventos previstos no Art. 201 da Constituição Federal: cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada (inciso I); proteção à maternidade, especialmente a gestante (inciso II); proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário (inciso III); salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda (inciso IV); pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependente (inciso V). Essas prestações, por sua vez, são gerenciadas pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social com apoio do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, que corresponde à autarquia federal responsável pela concessão e administração dos benefícios previdenciários.¹⁰ Por fim, cabe mencionar que pelo fato de a previdência social enquadrar-se no sistema contributivo a sua organização é sustentada por dois princípios básicos, quais sejam: compulsoriedade e contributividade.

O princípio da compulsoriedade é aquele que obriga a filiação a regime de previdência social aos trabalhadores que realizem atividades laborais. O princípio da contributividade, por seu turno, é aquele que determina que “para ter direito a qualquer benefício da previdência social, é necessário enquadrar-se na condição de segurado, devendo contribuir para a manutenção do sistema previdenciário”.¹¹

A previdência social possui um objetivo claro e que diz respeito à cobertura dos riscos sociais a que o segurado e seus dependentes encontram-se propensos diariamente. Entende-se por riscos sociais “os infortúnios que causam perda da capacidade para o trabalho e, conseqüentemente, para a manutenção do sustento”.¹²

Por conseguinte, compreende-se a previdência social como um instrumento de proteção social, a qual ambiciona fornecer os meios necessários à subsistência do indivíduo e de seus dependentes no período em que este não pode adquiri-los ou que não é socialmente desejável que os adquira pessoalmente através de sua atividade laboral. Conclui-se que “tal proteção se dá mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos seus participantes”.¹³

¹⁰ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

¹¹ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 34.

¹² KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 34.

¹³ DUTRA, Carina Lentz. **O direito à Previdência Social na perspectiva da tutela jurisdicional dos direitos.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20112/carina_dutra.pdf> Acesso em: 01/06/2017.

b) Saúde

Nos termos do Art. 196 da Constituição Federal de 1988 “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ou seja, a saúde é um direito de todos os indivíduos da sociedade e um dever do Estado.

Diz-se isso porque a saúde encontra-se inserida no rol de direitos sociais, os quais são abarcados como direitos fundamentais de segunda dimensão. A saúde, conseqüentemente, corresponde a um direito de titularidade coletiva e de caráter positivo, pois exige a atuação do Estado para a sua efetivação social e “é certamente um dos direitos fundamentais mais difíceis de ser implementado com qualidade, justamente em razão dos seus altos custos de operacionalização”.¹⁴

Por conseguinte, conforme já mencionado anteriormente, a saúde integra o subsistema não contributivo, pois não carece de qualquer contribuição e é garantido a todos os cidadãos, independente da classe social que se encontrem inseridos. Por fim, cabe esclarecer que “a saúde é administrada pelo SUS – Sistema Único de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde”.¹⁵

c) Assistência Social

A assistência social encontra-se prevista no Art. 203 da Constituição Federal de 1988, o qual determina que:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹⁴ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 31.

¹⁵ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 28.

A partir do disposto no *caput* do artigo, conclui-se que a assistência social integra o subsistema não contributivo da seguridade social. Ou seja, será prestada a todos os cidadãos que dela necessitarem independente de contribuírem, ou não, para com o sistema da seguridade social. Busca-se assegurar a assistência social através da prestação de serviços e benefícios sociais e para isso alguns objetivos foram traçados.

Extrai-se, inicialmente, o entendimento de que a assistência social corresponde a um conjunto de princípios que se dedica a estabelecer uma política social a fim de amparar os hipossuficientes através da concessão de benefícios e serviços sociais, os quais independem de contribuição específica do cidadão. No entanto, almejando uma melhor compreensão acerca da estrutura e da função social da Assistência Social passa-se, a partir de então, a analisá-la individualmente.

1.1. A Assistência Social e seus aspectos peculiares

A Lei nº 8.742/1993, denominada Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, versa acerca da organização da assistência social e demais providências. A lei em comento regulamentou o Art. 203 da Constituição Federal de 1988 e em seu Art. 1º definiu que a assistência social corresponde a um “direito do cidadão e dever do Estado”, pois diz respeito a uma “Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Tem-se, então, que “para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais” (Art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.742/1993).

1.1.1. Financiamento da Assistência Social

Nos termos do Art. 204, *caput*, da Constituição Federal “as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes”. Santos aduz que o financiamento das prestações

assistenciais é realizado por meio dos recursos do FNAS – Fundo Nacional de Assistência Social, das contribuições elencadas no Art. 195 da Constituição Federal de 1988, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹⁶

Nesse sentido, o Art. 28, *caput*, da LOAS elenca que:

O financiamento dos benefícios, serviços, programas e projetos estabelecidos nesta lei far-se-á com os recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das demais contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal, além daqueles que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).

É interessante aludir que os recursos da União são repassados de forma automática ao FNAS, na medida em as receitas forem realizadas. Há, ainda, o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, o qual é financiado pelos 03 (três) entes federados. Os entes federados “devem dirigir os recursos dos fundos de assistência social para a operacionalização, prestação, aprimoramento e viabilização dos serviços, programas, projetos e benefícios do sistema”.¹⁷ Diante disso, faz-se cogente salientar que:

O repasse dos recursos aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal só ocorre se cada uma dessas esferas de governo instituir Conselho de Assistência Social — com composição paritária entre governo e sociedade civil —, e Fundo de Assistência Social e Plano de Assistência Social — com orientação e controle do respectivo Conselho de Assistência Social. E, a partir de 1999, esses entes públicos devem comprovar a existência, nos respectivos orçamentos, de previsão dos recursos próprios destinados à Assistência Social, alocados em seus respectivos Fundos de Assistência Social (art. 30).¹⁸

Por fim, ainda no que diz respeito ao financiamento da assistência social, o Art. 204, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 “facultou aos Estados e ao Distrito Federal vincular até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida a programa de apoio à inclusão e promoção social”. Proibiu-se, portanto, que esses recursos fossem utilizados “no pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais, serviço da dívida e qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos e ações apoiados”.¹⁹

¹⁶ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 248.

¹⁷ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 140.

¹⁸ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 140.

¹⁹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 140.

1.1.2. Princípios e Diretrizes

A assistência social, conforme já verificou-se anteriormente, compõe (juntamente com a saúde e a previdência social) a Seguridade social e em decorrência disso encontra-se submetida aos mesmos princípios constitucionais, quais sejam: Universalidade da cobertura e do atendimento (Art. 194, parágrafo único, I, CF), Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços entre as populações urbanas e rurais (Art. 194, parágrafo único, II, CF), Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (Art. 194, parágrafo único, III, CF), Irredutibilidade do valor dos benefícios (Art. 194, parágrafo único, IV, CF), Equidade na forma de participação do custeio (Art. 194, parágrafo único, V, CF), Diversidade da base de financiamento (Art. 194, parágrafo único, VI, CF), Caráter democrático e descentralizado da administração (Art. 194, parágrafo único, VII, CF).²⁰

Todavia, o Art. 203 e Art. 204, da Constituição Federal de 1988 e o Art. 4^a, da LOAS apresentam regras peculiares que “devem orientar as políticas públicas destinadas a cobertura pela assistência social, pautadas, principalmente, pelo respeito ao **princípio da dignidade da pessoa humana**”. O Art. 4^o, da LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n^o 8.742), por sua vez, define que:

Art. 4^o A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Tem-se, portanto, que “o respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade são exigências da lei para a concessão da cobertura assistencial” (Art. 4^o, inciso III, da LOAS). Ou seja, a assistência social deve ser prestada em razão da vontade manifestada do necessitado quando suas condições pessoais o

²⁰ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

consentirem. Ademais, não se pode permitir qualquer discriminação no âmbito da assistência social em face da pessoa assistida, pois se busca a justiça social e a redução das desigualdades sociais.

Além disso, o Art. 4º, inciso V, da LOAS determina que deve haver a “divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão”. Visa-se a transparência na utilização dos recursos destinados ao financiamento da assistência social.

Por conseguinte, no que tange as diretrizes da organização da assistência social, tem-se que as mesmas dizem respeito a “um conjunto de instruções ou indicações para se tratar e levar a termo um plano ou ação; também subentendida como norma de procedimento”.²¹ Tais diretrizes encontram-se discriminadas no corpo do Art. 5º, da LOAS, *in verbis*:

Art. 5º A organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes:
 I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;
 II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis;
 III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

Conclui-se, então, que a assistência social encontra-se estruturada sob um conjunto de normas e regras que objetivam a implementação e a operacionalização da proteção social destinada ao cidadão a partir de determinados dispositivos legais. A diretiva geral da assistência social é estabelecida pela Lei nº 8.742/1993, denominada Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, no Capítulo II, Seções I e II.²²

1.1.3. Organização e Gestão

Nas palavras de Santos, “o sistema de Assistência Social é descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (SUAS) pela Lei n.

²¹ QUINONERO, Camila Gomes; ISHIKAWA, Carlos Takeo; NASCIMENTO, Rosana Cristina Januário; MANTOVAN, Rosimeire Aparecida. **Princípios e diretrizes da Assistência Social: da LOAS à NOB SUAS**. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_30_Quinonero_3.pdf> Acesso em: 05/04/2017.

²² QUINONERO, Camila Gomes; ISHIKAWA, Carlos Takeo; NASCIMENTO, Rosana Cristina Januário; MANTOVAN, Rosimeire Aparecida. **Princípios e diretrizes da Assistência Social: da LOAS à NOB SUAS**. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_30_Quinonero_3.pdf> Acesso em: 05/04/2017.

12.435/2011, que alterou a organização e gestão do sistema”.²³ Com a instituição do SUAS o legislador pretendeu “aperfeiçoar o serviço de Assistência Social, integrando serviços públicos e privados, definindo com mais detalhes as responsabilidades das entidades participantes do sistema, de modo a tornar efetiva a proteção social”, a qual é garantida pelo Art. 203 da Constituição Federal.

Como bem se sabe, o SUAS é composto pelos entes federativos, pelos respectivos conselhos de assistência social e pelas organizações de assistência social. Tem-se, ainda, que “as entidades e organizações privadas vinculadas a SUAS podem celebrar convênios, contratos, acordos, ou ajustes com o Poder Público, com garantia de financiamento integral com recursos públicos, para execução das ações de assistência social”.²⁴ Ainda no que diz respeito à organização e gestão da assistência social é pertinente avultar que:

Cabe ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome a coordenação da Política Nacional de Assistência Social.

A descentralização foi definida pelo art. 11 da LOAS, que prevê que as ações governamentais são articuladas, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal. A coordenação e execução dos programas cabem aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios nas suas respectivas esferas. Os arts. 12 a 15 discriminaram as competências de cada uma das esferas de governo.

São instâncias deliberativas do SUAS o Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, os Conselhos Estaduais de Assistência Social - CEAS, o Conselho de Assistência Social do Distrito Federal - CASDF e os Conselhos Municipais de Assistência Social - CMAS, todos com caráter permanente e composição paritária entre governo e sociedade civil (art. 16).

O CNAS é o órgão superior de deliberação colegiada, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (art. 17), cuja composição está prevista no §1º do art. 17.²⁵

Destarte, dentre as competências do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) destacam-se as seguintes: aprovar a Política Nacional de Assistência Social, normatizar e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social, acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à

²³ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141.

²⁴ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 250.

²⁵ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251.

Fome e zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de assistência social (Art. 18, da LOAS).

1.1.4. Prestações, serviços, programas e projetos da Assistência Social

A partir do Art. 203, da Constituição Federal de 1988 extrai-se o entendimento de que a assistência social é assegurada através de benefícios e serviços sociais, dentre os quais encontram-se: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I); o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II); a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV) e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

Verifica-se que a Assistência Social possui a função social de garantir aos cidadãos o mínimo existencial através de benefícios e serviços de cunho social, os quais independem de contribuição específica. Diz-se isso porque corresponde a um conjunto de princípios sociais e constitucionais e dedica-se, incessantemente, a estabelecer uma política social com o objetivo claro de amparar os hipossuficientes.

Dentre os serviços e benefício ofertados, em razão de sua extrema importância para a sociedade em geral, será realizada, a partir de então, uma análise singular acerca do Benefício de Prestação Continuada – BPC. Busca-se demonstrar o quão importante se faz esse benefício para que seja resguardada a dignidade da pessoa humana inerente às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que não possuem meios suficientes de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por seus familiares.

II – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - BPC E SUA ATUAÇÃO COMO VETOR DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Como bem leciona *Hugo Goes*, “o benefício de prestação continuada é o benefício mais importante da assistência social”.²⁶ Diz-se isso pela importância e necessidade que

²⁶ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões** / Hugo Goes. – 11. Ed. – Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016, p. 787.

representa para os indivíduos que se encontram em situações de extrema fragilidade econômica e social. Passa-se, então, a analisá-lo de forma direta e sucinta.

2.1. O Benefício de Prestação Continuada – BPC: previsão legal e requisitos para concessão

Conforme já mencionado anteriormente, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) diz respeito a um benefício assistencial e, por essa razão, não exige que o cidadão tenha contribuído com seguridade social para que possa fazer jus ao mesmo. Tal afirmativa decorre do fato de o mesmo enquadrar-se no sistema não contributivo da seguridade social, uma vez que pertence a assistência social.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) encontra-se previsto no Art. 203, inciso V, da Constituição Federal e nos Art. 20 e 21, da LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93). O Art. 203, inciso V, da CF/88 estabelece como um dos objetivos da assistência social “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), por sua vez, dispõe sobre o BPC nos Art. 20 e Art. 21. Para a concessão do benefício assistencial é necessário que o indivíduo seja pessoa com deficiência ou idosa com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprove não possuir condições financeiras para prover seu próprio sustento, nem de tê-la provida por alguém de sua família. Ou seja, estamos tratando de um benefício que apresenta requisitos cumulativos, pois é necessária a presença da deficiência ou idade juntamente com a necessidade econômica e social.

Nessa linha, Amado leciona que:

Para fazer jus ao amparo de um salário mínimo, o idoso ou deficiente deverão comprovar o seu estado de miserabilidade. Pelo critério legal, considera-se incapaz de prover a sua própria manutenção a pessoa portadora de deficiência ou idosa, em que a renda mensal per capita familiar seja inferior a 1/4 (um quarto) de salário mínimo.²⁷

²⁷ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 26.

Verifica-se que a legislação instituiu “um critério objetivo para a aferição do estado de carência do idoso ou do deficiente: renda per capita familiar inferior $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”.²⁸ Nos termos do Art. 20, §1º, da LOAS a família é composta pelo “requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

É interessante mencionar que, de acordo com o Art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS”.²⁹ Somando-se a isso, o Art. 20, §9º, da LOAS também define que “os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita”.

O Benefício da Prestação Continuada (BPC) é “um benefício de caráter personalíssimo, que não tem natureza previdenciária, e, por isso, não gera direito à pensão por morte (art. 23 do Dec. N. 6.214/2007). Também não dá direito a abono anual (art. 22 do Dec. n. 6.214/2007)”.³⁰

Além disso, faz-se cogente mencionar que o BPC “não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória” (Art. 20, §4º, LOAS). Para a concessão do benefício o cidadão ficará sujeito a uma avaliação acerca da sua “deficiência e do grau de impedimento à participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS”.³¹

A fim de evitar qualquer irregularidade, o benefício deverá ser revisto, pelo menos, a cada 02 (dois) anos para verificar se as condições inicialmente constatadas no cidadão ainda persistem. Assim, o Art. 21, da LOAS determinou que “o benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das

²⁸ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 27.

²⁹ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 28.

³⁰ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 142/143.

³¹ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões** / Hugo Goes. – 11. Ed. – Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016, p. 790.

condições que lhe deram origem”. Em caso de apuração de qualquer irregularidade na concessão ou utilização do referido benefício o mesmo poderá ser casado a qualquer momento.

Por fim, cabe aludir que o Benefício de Prestação Continuada (BPC) – ainda que diga respeito a um benefício assistencial - “é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por questões de conveniência administrativa, competindo à União arcar com o seu pagamento”.³²

2.2. O Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como bem se sabe, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e possui previsão legal no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Frente à proteção constitucional conferida a dignidade da pessoa humana faz-se cogente destacar o conceito doutrinário apresentado por *Ingo Wolfgang Sarlet*.³³ De acordo com os ensinamentos do autor, a dignidade é compreendida como uma:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Tem-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana corresponde a um elemento “irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determina pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”.³⁴ Ou

³² AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário – Coleção Resumos para Concursos** – 4ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 31.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** / Ingo Wolfgang Sarlet. 9. Ed. Rev. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** / Ingo Wolfgang Sarlet. 9. Ed. Rev. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 52.

seja, é compreendida como um atributo inerente e irrenunciável da própria condição humana, o que remete ao entendimento de que deve ser “reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como que lhe é inerente”.³⁵ Verifica-se, então, que a dignidade humana diz respeito a uma propriedade do indivíduo que não pode ser perdida ou sequer alienada.

O fato de a dignidade da pessoa humana possuir uma proteção constitucional e constar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil contribui para que se perceba que a mesma faz jus a respeito e proteção constante e, por essa razão, torna-se meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. Diante disso, adotou-se o entendimento de que “é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas”.³⁶

Assim, almejando uma maior proteção e promoção da dignidade humana, o Estado passa a criar mecanismos que contribuam para que esses objetivos sejam atingidos e dentre eles pode-se destacar a Assistência Social, a qual atua diretamente em prol da sociedade por meio da prestação de serviços e benefícios assistenciais. Conforme já aludido anteriormente, dentre os serviços e benefícios da assistência social, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) é o mais extraordinário frente a sua atuação incisiva para a proteção e promoção da dignidade humana das pessoas com deficiência e aos idosos que se encontram em situação de extrema desigualdade social.

O Art. 6º da Constituição Federal de 1988 versa acerca dos direitos sociais - direitos de 2ª dimensão - e dentre eles encontram-se “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Vislumbra-se, portanto, que a assistência aos desamparados encontra-se entre os direitos sociais previstos constitucionalmente, os quais são de suma importância para que haja, de fato, a concretização da dignidade da pessoa humana.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** / Ingo Wolfgang Sarlet. 9. Ed. Rev. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 53

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** / Ingo Wolfgang Sarlet. 9. Ed. Rev. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 80.

Todavia, para que tal concretização ocorra faz-se cogente a existência de recursos financeiros que proporcionem e atendam às necessidades apresentadas pelos cidadãos. Em decorrência disso é que o Estado atua por meio do benefício assistencial denominado “Benefício de Prestação Continuada – BPC”, o qual garante “um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (Art. 203, inciso V, CF).

Ou seja, o Estado opera de forma direta para a promoção da dignidade humana, pois através do pagamento de pequenos benefícios mensais contribui para a qualidade de vida do cidadão que se encontra em situação de vulnerabilidade econômica e social. Busca, portanto, a garantia do mínimo existencial.

O mínimo existencial encontra-se intimamente ligado ao dever do Estado de ofertar ao cidadão os meios necessários para que possam preservar, de forma ínfima, a sua condição de humanidade e dignidade. De acordo com os ensinamentos de Sarlet, o mínimo existencial pode ser abarcado como a fruição digna dos direitos fundamentais e corresponde, também, a um direito do cidadão de demandar em face do estado prestações mínimas e indispensáveis para uma sobrevivência alicerçada na dignidade.

Conclui-se que, através do Benefício de Prestação Continuada – BPC, o Estado atua de forma a minimizar as desigualdades sociais e econômicas por meio de um pequeno auxílio mensal para os indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade. Busca, portanto, combater a miserabilidade e garantir - ainda que de forma mínima - a fruição de uma vida digna. Ou seja, opera de forma a resguardar e promover a dignidade humana inerente ao indivíduo incapacitado (pessoa com deficiência ou idoso com 65 anos ou mais) de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por seus familiares. Somando-se a isso, atua ainda como um instrumento de distribuição de renda sem condicionalidades, posto que não exige contribuição prévia do beneficiário.

Por conseguinte, verifica-se que o BPC é um benefício assistencial ofertado pelo Estado que objetiva respeitar, promover e resguardar a dignidade da pessoa humana. Dignidade esta que se encontra intimamente ligada ao mínimo existencial, o qual defende que sejam conferidas aos cidadãos condições mínimas para que possuam uma existência digna.

Sendo assim, tem-se que o Benefício de Prestação Continuada é de suma importância para a consolidação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois através da concessão

de um salário mínimo mensal para os incapacitados representa a garantia do mínimo existencial. Esse salário mínimo mensal contribui e permite que as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade possuam condições de atender – ainda que de forma homeopática - suas necessidades básicas e garantir sua subsistência. Tem-se, portanto, que a concessão do Benefício de Prestação Continuada - BPC é vista como um vetor de reconhecimento, promoção e desenvolvimento da dignidade humana.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa, diante da análise acerca da Seguridade Social, restou demonstrado que a Assistência Social – juntamente com a saúde e a previdência social – atua ativamente em prol da coletividade, pois participa de um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade” (Art. 194, *caput*, CF). Nota-se, portanto, que ao Estado restou conferido o dever de promover ações de iniciativa pública que visem o bem-estar social e diante disso é que surgiu a ideia de proteção social, a qual objetiva resguardar os cidadãos de situações de riscos sociais que afetem os seus direitos.

A Assistência Social - como já visto anteriormente - integra o subsistema não contributivo da seguridade social, uma vez que será prestada a todos os cidadãos que dela necessitarem independentemente de contribuição social. Ou seja, a mesma corresponde a um conjunto de princípios sociais que atua de forma a amparar os hipossuficientes através da concessão de benefícios e serviços sociais. Verifica-se, ainda, que se encontra alicerçada na ideia de implementação e operacionalização da proteção social destinada ao cidadão que se depare em uma situação de vulnerabilidade social e/ou econômica.

É de forma límpida que se vislumbra a função social atribuída a esse subsistema, pois atua de forma a assegurar aos cidadãos o mínimo existencial através de benefícios e serviços de cunho social. A sua função social consiste, portanto, em amparar os hipossuficientes e isso ocorre por meio dos seus serviços, benefícios e projetos sociais.

Dos serviços e benefícios ofertados pela Assistência Social destacou-se o Benefício de Prestação Continuada – BPC em virtude de sua extrema importância para a sociedade. Diz-se isso em razão de o mesmo corresponder a um benefício que garante um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por

sua família (Art. 20, da Lei nº 8.742/1993 – LOAS). Ou seja, destina-se, única e exclusivamente, ao amparo dos indivíduos que se encontrem em situação de vulnerabilidade e que não possuem meios de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por seus familiares.

É por meio desse benefício assistencial que se oferta aos cidadãos uma renda mensal para que tenham acesso ao mínimo existencial, o que lhes permitirá atender as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário, saúde, lazer, etc. Trata-se, logo, de um benefício voltado para a efetivação dos direitos fundamentais, bem como para a garantia de uma vida digna, pois se não houvesse a atuação do Estado na preservação de tais direitos fortes seriam as tendências para o afastamento da dignidade humana da sociedade.

Assim, após constatar-se a seriedade e importância da Assistencial Social e do BPC, cabe mencionar que:

(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Por essa razão, tem-se que os mesmos são indispensáveis para que haja a concretização de um dos princípios basilares da Constituição Federal, qual seja: a dignidade da pessoa humana. Diz-se isso em razão de garantirem o mínimo existencial, sem a exigência de contribuição para a seguridade social, por meio de uma cobertura assistencial mensal aos desamparados (pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família), com o intuito de que alcancem um determinado padrão de vida, o qual lhes possibilite uma vida digna, igualitária e com as mínimas condições para o seu desenvolvimento.

Por conseguinte, é de forma clara que se conclui que é através de programas e serviços sociais do Estado que se alcança a proteção e promoção da dignidade humana, bem como uma sociedade mais justa e igualitária. Destarte, tem-se ainda que a assistência social, o benefício de prestação continuada (BPC) e a dignidade andam lado a lado para a proteção

familiar, social e econômica, contribuindo para que se enfraqueçam as desigualdades presentes na sociedade.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário – Coleção Resumos para Concursos – 4ª Edição.** Revista, Ampliada e Atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 maio 2017.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm> Acesso em: 23 maio 2017.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 08 maio 2017.

DUTRA, Carina Lentz. **O direito à Previdência Social na perspectiva da tutela jurisdicional dos direitos.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20112/carina_dutra.pdf> Acesso em: 01 jun. 2017.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 24 jul. 2017.

FORTES, Simone Barbisan. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde** / Simone Barbisan Fortes, Leandro Paulsen. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões** / Hugo Goes. – 11. Ed. – Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário** / Ivan Kertzman – 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LIMA CRUZ, Skarlett Santana. **Análise do benefício de prestação continuada à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Disponível em: <<https://kattsantana.jusbrasil.com.br/artigos/388476284/analise-do-beneficio-de-prestacao-continuada-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>> Acesso em: 24 jul. 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; DE SOUZA, Luciana Camila. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos**

fundamentais **sociais.** Disponível em:
 <www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306>
 Acesso em: 26 jul. 2017.

QUINONERO, Camila Gomes; ISHIKAWA, Carlos Takeo; NASCIMENTO, Rosana Cristina Januário; MANTOVAN, Rosimeire Aparecida. **Princípios e diretrizes da Assistência Social: da LOAS à NOB SUAS.** Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_30_Quinonero_3.pdf> Acesso em: 05 abril 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** / Ingo Wolfgang Sarlet. 9. Ed. Rev. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ÉTICA, PRIVACIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS: O IMPACTO DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE

Cíntia Miele Garnier¹

Tamyris Michele Padilha²

RESUMO: Diante do avanço das novas tecnologias e sua inserção nas relações humanas e organizacionais, tornou-se necessário regulamentar a proteção, o tratamento e o uso dos dados pessoais na internet, tornou-se necessário estabelecer princípios e diretrizes para a proteção, o tratamento e o uso dos dados pessoais na internet, aplicáveis às relações públicas e privadas, o que se deu através da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (LGPD), a Lei n. 13.709 de 2019. O objetivo do presente estudo é abordar o conteúdo da referida Lei e seus reflexos, situando-a no ordenamento jurídico, conforme doutrina e em cotejo com legislação Europeia, e tratar sobre de que forma tais disposições legais podem afetar a sociedade, especialmente no que tange à ética e à privacidade. A metodologia utilizada consiste em análise bibliográfica e método hermenêutico, além de estudo jurídico-projetivo, a fim de detectar as futuras e possíveis tendências da aplicação desse novo diploma legal e seus impactos na sociedade. As hipóteses consistem em verificar se o impacto da referida Lei na vida das organizações e dos usuários será positivo ou negativo, e se as ferramentas previstas na legislação são eficazes ou não para a proteção da ética, da moral e da privacidade dos usuários. Os principais resultados foram no sentido de que o impacto da LGPD no Brasil tende a ser positivo, especialmente no que tange à privacidade dos dados dos usuários, a qual terá proteção especial e sanções severas para o caso de descumprimentos da legislação pelas organizações privadas e públicas.

Palavras-chave: Lei de Proteção de Dados; Ética; Privacidade; Novas Tecnologias

1. INTRODUÇÃO

O acelerado avanço das novas tecnologias na sociedade pós-industrial, com o advento da internet e da cibercultura, trouxe várias mudanças na sociedade, com significativos impactos nas relações humanas e organizacionais, especialmente em razão de integrar indivíduos, empresas, dispositivos, redes, inteligência artificial e internet das coisas, sem as barreiras do tempo ou de limitações geográficas.

Além disso, o fluxo intenso de dados e a constante de troca de informações a cada nanossegundo, faz com que o ambiente virtual precise sofrer regulamentação tanto no campo

¹ Advogada, Pós-Graduada em Direito Empresarial, Especialista em Empreendedorismo, Inovação e Direito em StartUps, DPO - Data Protection Officer. OAB/RS 42.612. E-mail: cintia@garnierlaw.com.br.

² Advogada, Pós-Graduada em Direito do Trabalho. OAB/RS 107.343. E-mail: tamyris@garnierlaw.com.br.

ético, como no que se refere ao uso e ao tratamento dos dados pessoais e particulares, em ambientes privados e públicos.

O contexto histórico de desenvolvimento da nossa civilização nos mostra, desde a invenção da roda até as disruptivas tecnologias que exurgem a cada momento, que as regulamentações legislativas são fundamentais para a organização da sociedade.

E com base neste contexto de novas e incipientes tecnologias inseridas no dia-a-dia dos indivíduos, com informações claras e precisas sobre as pessoas, a ponto de identificar sua localização, gênero, faixa etária, preferências políticas, ideológicas, sexuais, de consumo, entre outras, é que o Legislador Europeu, preocupou-se em criar uma legislação que viesse proteger a segurança e a privacidade dos dados pessoais.

Na União Europeia, além das diretivas existentes desde o ano de 1995 (Diretiva n° 95/46/CE), e após inúmeros debates, avanços, lobbys e demais imposições, foi criado o GDPR - sigla em inglês para *General Data Protection Regulation*, aprovado em 27 de abril de 2016, com vigência a partir de maio 2018.

Na América Latina, países com a Argentina, Chile, Uruguai, Colômbia, Costa Rica, México, Peru já possuíam legislação de Proteção de Dados possuem antes mesmo da entrada em vigor do *General Data Protection Regulation* (GDPR).

Assim, frente à regulação da matéria em outros países, aliado a entrada em vigor do GDPR na União Europeia e, ainda, aos recentes casos de vazamentos de dados como, por exemplo, o da *Cambridge Analytics*, e aos abusos de redes sociais, foi editada a MP 869/18, posteriormente convertida na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n° 13.709 de 14 de agosto de 2019), cuja vigência está prevista para iniciar em 20 de agosto de 2020.

Para os propósitos desta exposição, nota-se que o tema, ainda que com aparência de atual e recente, em verdade vem sendo discutido há anos, e emerge de uma demanda que se pode dizer antiga. No Brasil, o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados foi apresentado no ano de 2010 pelo Ministério da Justiça, e na União Europeia, como já referido, a partir da Diretiva 95/46/CE de 1995.

Nesse contexto, o tema do presente estudo consiste em uma análise do conteúdo da Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2019 (LGPD), de seus reflexos na sociedade e no ordenamento jurídico, além do cotejo com o conteúdo da legislação europeia sobre o assunto. Ainda, pretende-se realizar um estudo acerca dos reflexos da legislação no que se refere à ética e à privacidade dos usuários, ou seja, na sociedade em geral.

Os objetivos deste artigo são abordar o conteúdo da referida LGPD e seus reflexos, situando-a no ordenamento jurídico brasileiro, conforme doutrina especializada e em cotejo com legislação Europeia, e tratar sobre de que forma tais disposições legais podem afetar a sociedade, especialmente no que tange à ética e à privacidade, quando aplicadas às novas tecnologias.

Quanto à metodologia utilizada, foi realizada pesquisa teórica através da análise de referências bibliográficas acerca do tema, a fim de elaborar conceituação dos termos proteção de dados, dados pessoais, consentimentos e seus limites, ética e privacidade, além de aprofundar o estudo jurídico-projetivo acerca dos possíveis e futuros efeitos da aplicação da LGPD nas organizações.

As hipóteses consistem em verificar se o impacto da referida Lei na vida das organizações e dos usuários será positivo ou negativo, e se as ferramentas previstas na legislação são eficazes ou não para a proteção da ética, moral e privacidade dos usuários.

No que tange à estrutura, o presente artigo, está subdividido em quatro tópicos, quais sejam: os Conceitos de Ética, de Privacidade e de Novas Tecnologias; o Conceito de Proteção de Dados e os Aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, os Aspectos do Regulamento Europeu - *General Data Protection Regulation* (GDPR); e os Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados na Sociedade Brasileira. Por fim, as considerações finais sobre o tema objeto de estudo.

2. OS CONCEITOS DE ÉTICA, DE PRIVACIDADE E DE NOVAS TECNOLOGIAS

No que se refere à ética, para Cortella³ (2009, p. 102), a ética é “o que marca a fronteira da nossa convivência. É aquela perspectiva para olharmos os nossos princípios e os nossos valores para existirmos juntos, é o conjunto de seus princípios e valores que orientam a minha conduta. ”

A ética é um assunto tradicional dos filósofos e pensadores, e é discutida desde que a Filosofia existe - há vinte e cinco séculos, sendo hoje “compreendida como parte da

³ CORTELLA, Mario Sérgio. *Qual é a tua obra?* Inquietações, propositivas sobre gestão, liderança e ética. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 102.

Filosofia, cuja teoria estuda o comportamento moral e relaciona a moral como uma prática”, conforme lecionam Neme e Santos.⁴

Assim, a ética é entendida como o exercício das condutas, como um tipo ou qualidade de conduta que é esperada das pessoas como resultado do uso de regras morais no comportamento social.⁵

Cabral⁶ traz lições acerca de um novo conceito de ética, construído em função do valor que as informações vêm adquirindo e as novas gerações, e explica:

O valor da informação em si também vem sendo revisto por essa nova geração. Se para os imigrantes digitais parece imperativo que se detenha o máximo possível de dados na própria memória ou armazenados em sua posse exclusiva, os nativos digitais defendem a livre difusão da informação e focam seus talentos em saber encontrar aquilo que precisam, no momento em que precisam, utilizando preferencialmente um smartfone como plataforma para acionar seus apps preferidos, exercitando sua cibernese com a internet.

E Cabral, oferece ainda a seguinte leitura:

As práticas cotidianas do uso óbvio de informação não são as únicas que estão mudando. Toda uma nova ética está se estruturando entre os jovens que têm acesso à estrutura que viabiliza a cibernese e comungam entre si, por meio dessa profusão de apps e dispositivos inteligentes. (...) Logo, a “ética” a que me refiro é o conjunto de atitudes que está em exercício e funcionando na sociedade, sem vínculo com aspectos morais, sendo apenas um compêndio descritivo da práxis sociocultural.

Já o conceito de privacidade, segundo Fernandez Junior⁷, vem se transformando através da evolução do Estado Social:

A intimidade, e por seu turno a privacidade, sempre esteve ligada a ideia de propriedade, fundamentada na ideia de inviolabilidade do patrimônio, leia-se, do indivíduo em sua casa. A doutrina aponta que a intimidade é derivada do pensamento liberal do século XIX, em que se pretendia, como óbice à tirania do governante, que um mínimo de privacidade fosse concedido a população obstando, com isso, o abuso de poder pelos governantes. Com o advento do constitucionalismo social, há uma mudança no vetor de proteção, de uma ideia individualista, passa-se ao plano coletivo, e, em decorrência disso, uma preocupação por parte do Estado pode ser sentida para a necessária proteção de direitos fundamentais a todo e qualquer indivíduo contra a ação do poder

⁴ NEME, Carmen Maria Bueno; SANTOS, Marisa Aparecida Pereira. *Ética: conceitos e fundamentos*. São Paulo: Unesp, 2014. p. 2.

⁵ NEME, Carmen Maria Bueno; SANTOS, Marisa Aparecida Pereira. *Ética: conceitos e fundamentos*. São Paulo: Unesp, 2014. p. 2.

⁶ CABRAL, Alberto. Homo Ciberneticus e o Novo Ethos. *Revista Filosofia – Ciência e Vida*, São Paulo, Ano XIII, n. 152, Editora Escala, p. 26-27.

⁷ FERNANDEZ JUNIOR, Enio Duarte. *Brevíssimo aporte sobre o direito fundamental à privacidade e à intimidade na perspectiva do direito brasileiro sobre a proteção de dados pessoais*. In: Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14383 > Acesso em: 05 jun. 2019.

econômico, estivesse ele onde estivesse, ou seja, de particulares ou do próprio Estado.

Nesse sentir, imperioso ressaltar que a tutela da preservação dos dados pessoais também atinge o direito à inviolabilidade e privacidade, e tem seu fundamento legal no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Partindo do conteúdo supra referido do atual texto constitucional, nota-se que a inviolabilidade de dados é direito correlato ao direito fundamental à privacidade. Devido ao progresso tecnológico, surge a preocupação da tutela da privacidade e da inviolabilidade desses dados pessoais. Leciona Fernandez Junior:

Se por um lado o acesso à dados é tida como um benefício social, não menos verdade é que seu mau uso, seja por entidades públicas ou entes privados, faz tornar-se imprescindível um aperfeiçoamento das normas de proteção aos dados visto que, por exemplo, o instituto processual hoje conhecido (*habeas data*) mostra-se completamente ineficaz à proteção da divulgação e exposição dos dados.

Percebe-se a importância da proteção dos direitos à privacidade e inviolabilidade dos dados dos usuários, o que aliado ao uso das novas tecnológicas com ética é o que caracteriza a base principiológica do novo diploma legal em análise (LGPD). Bioni⁸ leciona sobre os direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade são uma “noção inacabada” que deve ser “cultivada”, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante desta categoria jurídica para nela enquadrar a proteção dos dados pessoais.

Nesse sentir, os direitos da personalidade aqui tratados, tais como o da privacidade, podem ser enquadrados na proteção dos dados pessoais frente às novas tecnologias. No que

⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 59.

tange às novas tecnologias, Moraes⁹ trata especialmente das redes sem fio, e assim as descreve:

As redes *wireless* ou redes sem fio são um sistema de comunicação de dados extremamente flexível, que pode ser usado como uma extensão ou uma alternativa a redes locais (LAN cabeadas). É uma tecnologia que combina conectividade de dados com mobilidade através de tecnologia de radiofrequência (RF). As redes sem fio são hoje largamente utilizadas devido principalmente à facilidade de uso e de instalação.

Notadamente, o aumento das facilidades de acesso à rede mundial de computadores constitui um marco social determinante para a necessidade de se legislar acerca da proteção e segurança no uso e no tratamento da imensidão de dados pessoais que circulam na internet.

Nesse contexto, Moraes¹⁰ esclarece os conceitos de integridade e confidencialidade:

A integridade consiste na garantia de que a informação permaneceu íntegra, o que significa dizermos que ela não sofreu nenhuma espécie de modificação durante a sua transmissão ou armazenamento, sem a autorização do autor da mensagem. (...) A confidencialidade é o processo no qual a mensagem permanece protegida de forma que usuários não autorizados não possam ter acesso a ela, permitindo que apenas o originador e os destinatários autorizados possam conhecer o conteúdo da mensagem. Este é um dos serviços de segurança mais importantes e que é implementado na maioria das vezes por sistemas e técnicas de criptografia.

Assim, feitas as devidas conceituações e contextualizações a respeito da ética, da privacidade e das novas tecnologias, passa-se ao estudo dos aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

3. ABORDAGEM HISTÓRICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

As garantias e as liberdades individuais, tais como o direito à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, das correspondências, comunicações e dados são tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988¹¹. Cita-se o artigo 5º e seus incisos X, XI e XII.

⁹ MORAES, Alexandre Fernandes de. *Redes sem fio: instalação, configuração e segurança – fundamentos*. São Paulo: Érica, 2010. p. 17.

¹⁰ MORAES, Alexandre Fernandes de. *Redes sem fio: instalação, configuração e segurança – fundamentos*. São Paulo: Érica, 2010. p. 16.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >

O Código Civil Brasileiro¹², no Capítulo II, ao tratar dos Direitos de Personalidade, (lei 10.406/2002), igualmente tratou de proteger a inviolabilidade da vida privada e a impossibilidade de utilização de imagem de forma indevida, conforme dispõe os artigos 20 e 21 do referido diploma legal:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O Código de Defesa do Consumidor¹³ (Lei 8.078/1990), trouxe a regulamentação dos Bancos de Dados e dos Cadastros dos Consumidores, conferindo ao titular dos dados o livre acesso às informações em que constam seus dados (artigo 43, *caput*); o direito à correção de dados, quando incorretos ou inexatos (artigo 43, parágrafo 3º); o limite temporal de 5 (cinco) anos para que as informações existentes em nome do consumidor permaneçam, por exemplo, nas bases de dados dos cadastros restritivos de proteção ao crédito (artigo 43, parágrafo 1º).

A Lei do Cadastro Positivo¹⁴ (Lei nº 12.414/2014), também contempla a regulação dos bancos de dados e dos cadastros do consumidor, contudo, com a finalidade de trazer um histórico, que pode ser positivo ou negativo, sobre o perfil e hábitos do consumidor, para formar uma espécie de *score* – sobre as práticas e hábitos, do consumidor.

A Lei nº 12.965/2014¹⁵, conhecida como o Marco Civil da Internet, prevendo a escalabilidade do avanço das relações digitais, e com o intuito de estimular à inovação e fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso, bem como preservar o livre acesso de todos à rede mundial de computadores passa a disciplinar a matéria, estabelece em seu artigo 3º os princípios garantias, direitos e deveres para o uso da

¹² 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/2002/110406.htm >.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1992. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm >.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm >.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm >.

Internet no Brasil, preservando o direito fundamental à privacidade e o sigilo das informações (artigo 7º). Veja-se o teor dos referidos artigos de lei:

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

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

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. ”

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Posteriormente à Lei do Marco Civil, viu-se então publicada a Medida Provisória 869/2018, que veio a converter-se na Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709¹⁶, sancionada em data 14 de agosto de 2018.

Ainda, diante da relevância do tema, atualmente tramita no Congresso Nacional a PEC (Proposta de Emenda Constitucional) de nº 17/2019¹⁷, que tem a finalidade de incluir o direito à proteção de dados pessoais, inclusive digitais, a categoria de direitos e garantias fundamentais do Cidadão.

A referida proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, tem por finalidade acrescentar o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. *In verbis*:

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm >.

¹⁷ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 17 de 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1567535523044&disposition=inline> >.

Art. 1º Inclua-se no art. 5º, da Constituição Federal, o seguinte inciso XII-A:
 "Art. 5º
 XII- A - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.
 Art. 2º Inclua-se no art. 22, da Constituição Federal, o seguinte inciso XXX, com os ajustes redacionais necessários:
 "Art. 22
 XXX- proteção e tratamento de dados pessoais." (NR)
 Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.

De acordo com a exposição de motivos e as justificativas propostas pelo Senado Federal, infere-se que a inclusão do direito à proteção dos dados pessoais como um direito fundamental do cidadão, decorre da evolução tecnológica e dos regulamentos e diretivas internacionais sobre o tema, como é o caso do GDPR - *General Data Protection Regulation* (Regulamentação Geral de Proteção de Dados), vigente na União Europeia desde maio de 2018 e demais regulações internacionais acerca do assunto.

E se de um lado o Brasil busca acompanhar as diretivas dos países desenvolvidos na abordagem deste tema, de outro lado exsurge a necessidade do legislador de proteger o uso inadequado, indevido e manipulado de dados pessoais, com reflexos no Estado Democrático de Direito e nos mercados, causando assim prejuízos que podem ser imensuráveis a toda sociedade.

Temos que os argumentos até aqui apresentados são suficientes para dar ao leitor noção de como o assunto vem evoluindo, bem como, de quais as bases legais, teóricas e éticas em que se fundamenta o direito à proteção de dados.

Passaremos a seguir a esquematizar, de forma breve, alguns aspectos do referido GDPR Europeu, uma vez que a legislação brasileira (LGPD) foi inspirada na mesma.

4. ASPECTOS DO REGULAMENTO EUROPEU - *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION* (GDPR)

O Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, aplicado a partir de 25 de maio de 2018, contou com um período de dois anos da *vacatio legis*, para que as organizações que tratam dados pessoais se preparassem para a sua efetiva aplicabilidade.

Conforme leciona Saldanha¹⁸, o RGPD foi totalmente aplicável em todos os países da União Europeia, e também no Espaço Econômico Europeu, que compreende Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça, e que possui efeito normativo triplo – passado, presente e futuro, eis que “toda informação que as organizações europeias tratam, relativa a dados pessoais e que estejam na sua posse, vai ter de estar conforme esse regulamento, vai ter de estar em *compliance*.”

Quanto ao termo *compliance*, conceitua Blok¹⁹

Compliance vem do verbo em inglês “*to comply*”, que significa “cumprir”, “executar”, “satisfazer”, “realizar o que lhe foi imposto”, ou seja, *compliance* é estar em conformidade, é o dever de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos imposto às atividades da instituição.
“Ser *compliance*” é conhecer as normas da organização, seguir os procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir o quanto é fundamental a ética e a idoneidade em todas as atitudes humanas e empresariais.

Assi²⁰ corrobora com tal conceito, esclarecendo que

O *compliance* é um termo da língua inglesa que deriva do verbo *to comply*, que se tornou uma grande “muleta” para quem precisa falar sobre conformidade; portanto, em uma tradução livre para a língua portuguesa, significa cumprir, obedecer e executar aquilo que foi determinado. Em linhas gerais, consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a lei.

Nesse sentido, para estar *compliance* com a legislação referente à proteção de dados, as organizações e empresas precisam conhecer os termos da nova lei, e aplicar as políticas de coleta, uso, tratamento e proteção e segurança dos dados dos usuários.

Saldanha²¹ observa e esclarece que o novo regulamento europeu considerou doze tipos de direitos, sendo eles:

Estamos a atender ao direito à proteção dos dados pessoais (artigo 1º), direito à informação (artigo 13), de acesso (artigo 15), de retificação (artigo 16), ao apagamento dos dados (artigo 17), à limitação do tratamento (artigo 18), à notificação (artigo 19), de portabilidade dos dados (artigo 20), de oposição (artigo 21), a não ficar sujeito a decisões automatizadas (artigo 22), a ser avisado em caso de uma violação de dados pessoais (artigo 34) e, claro, os direitos relacionados com os princípios do tratamento de dados pessoais (e constantes no artigo 5º), nomeadamente que os dados sejam objeto de tratamento lícito, leal e transparente,

¹⁸ SALDANHA, Nuno. *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: O que é? A quem se aplica? Como implementar?* Lisboa: FCA – Editora de Informática, 2018. p. XIV.

¹⁹ BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017. p. 15.

²⁰ ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan, 2018. p. 19.

²¹ SALDANHA, Nuno. *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: O que é? A quem se aplica? Como implementar?* Lisboa: FCA – Editora de Informática, 2018. p. XVII.

recolhidos com finalidades determinadas, adequados, pertinentes, limitados, exatos, atualizados, etc.

Nesse contexto, fica perceptível que os cidadãos e seus direitos estão em primeiro plano nas preocupações do legislador europeu, sendo que os usuários costumam depositar suas informações nas organizações na expectativa de que seus dados estejam seguros, utilizados para que a organização lhes preste um serviço melhor, e que tais informações trarão vantagens, comparável à confiança que se tem ao depositar valores em uma instituição bancária.

Saldanha²² refere que essa “é, sem dúvida, uma comparação feliz e que obriga as organizações que recolhem e tratam dados pessoais a terem um cuidado extremo na forma como recolhem, tratam e armazenam a informação que lhes é confiada.”

Vieira²³ leciona que “a nossa Lei Geral de Proteção de Dados (ou, simplesmente, LGPD) foi amplamente inspirada na GDPR e se assemelha ao regulamento europeu em diversos pontos”, e complementa:

A recente experiência europeia ensinou que, em matéria de proteção de dados, é importante se preparar com antecedência. Na União Europeia, apesar de as empresas terem tido dois anos para se preparar para a GDPR, grande parte delas não entrou em *compliance* a tempo – sujeitando-se à aplicação de severas multas.

Ou seja, muitas similitudes podem ser observadas entre disposições legais do *General Data Protection Regulation* (GDPR) e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e a seguir serão abordados os aspectos e impactos da LGPD na sociedade brasileira.

5. ASPECTOS E ALGUNS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Primeiramente, deve-se trazer conceito de dados, conforme leciona Bioni:

De início, cabe destacar que dados e informação não se equivalem, ainda que sejam recorrentemente tratados na sinonímia e tenham sido utilizados de maneira intercambiável (...). Dados são os fatos brutos que quando processados e

²² SALDANHA, Nuno. *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: O que é? A quem se aplica? Como implementar?* Lisboa: FCA – Editora de Informática, 2018. p. XVII.

²³ VIEIRA, Débora. *O que você precisa saber sobre a lei geral de proteção de dados* In: Portal Migalhas. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284723,101048-O+que+voce+precisa+saber+sobre+a+lei+geral+de+protecao+de+dados> > Acesso em: 13 set. 2019.

organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação.²⁴

Já no artigo 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), encontra-se o conceito legal de dados pessoais: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

Isso porque de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados que entrará em vigor a partir de agosto de 2020, considera-se dado pessoal toda a informação relativa às pessoas, que possa ser identificada, direta ou indiretamente, por meio de informações como: nome, CPF, CNPJ, dados de localização, número de identificação, identificação por meios eletrônicos (e-mail, IP, *smartphones*) ou outras características específicas que venham viabilizar a identificação individual do titular de dados.

Ainda, são dados sensíveis aqueles que se relacionam aos direitos e liberdades fundamentais, como os dados relativos à saúde, origem étnica, orientação sexual, dentre outros.

Importante esclarecer que a lei não protege dados de pessoas jurídicas, somente dados de pessoas naturais, bem como que a proteção conferida pela legislação abrange tantos os dados coletados em meios digitais, como os dados coletados em meios físicos.

Outrossim, no que tange ao conceito de personalidade, conforme Bioni²⁵, trata-se das “características ou o conjunto de características que distingue uma pessoa da outra”, e assim complementa:

Sob essa perspectiva, um dado, atrelado à esfera de uma pessoa, pode se inserir dentre os direitos de personalidade uma pessoa. Para tanto, ele deve ser adjetivado como pessoal, caracterizando-se como uma projeção, uma extensão ou dimensão do seu titular. E, nesse sentido, cada vez mais, as atividades de processamento de dados têm ingerência na vida das pessoas. Hoje, vivemos em uma sociedade e uma economia que se orientam e se movimentam a partir destes signos identificadores do cidadão.

Trata-se de um novo tipo de identidade e, por isso mesmo, tais dossiês digitais devem externar informações corretas para que seja fedidignamente projetada a identidade do titular daquelas informações.

Isso acaba por justificar dogmaticamente a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, que uma pessoa exija retificação de seus dados para que a sua projeção seja precisa.

²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 59.

²⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 63-65.

O que se vê é que os dados pessoais, no mundo atual, de economia digital e globalizada, são considerados por alguns teóricos como um ativo, uma riqueza, daí a expressão “o novo petróleo”.

Além disso, por possuírem esta característica relacionada aos atributos intransponíveis da personalidade, bem como, por afetarem as relações dos indivíduos com a sociedade global, na medida em que a manipulação de dados pessoais sem critérios ou para finalidades escusas, pode interferir nas decisões dos indivíduos e na manipulação dos mercados globais, é que merecem especial atenção e proteção, conciliando-se a ética e o direito, sem, contudo, inviabilizar-se os avanços tecnológicos.

Com base nestas considerações é que emerge no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados e alguns desafios e obstáculos a serem enfrentados.

Vejamos: a Lei Geral de Proteção de Dados é impositiva e determina, no seu artigo terceiro que:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Vale dizer, a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, seguindo as diretrizes do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, estabelece que todas as empresas e organizações deverão estar em conformidade com políticas de segurança e proteção de dados.

Diante de um mundo e economia totalmente globalizados, onde é possível a comunicação instantânea, a qualquer momento e sem limitações geográficas, não há dúvidas que a LGPD, com seu caráter legal e impositivo, fará com que todas as organizações –

pequenas, médias ou grandes – que lidem com dados pessoais, precisem se adaptar, e criar mecanismos de segurança das informações e privacidade.

Além disso, o que particularmente chama a atenção, é que as empresas que não se adaptarem as políticas de privacidade ou estiverem em desacordo com a LGPD, sofrerão limitações de suas atividades, tanto nas relações com os usuários dos dados, como nas suas relações comerciais/empresariais. Vale dizer, trata-se de uma exigência que emergirá do próprio mercado, como reflexo do mesmo, uma vez que quem não se adaptar à nova Lei corra o risco de perder negociações, contratações e relações comerciais com outras empresas e com os próprios consumidores finais.

Da mesma forma, possuir políticas de privacidade e proteção de dados é a prova de que as empresas, organizações e o setor público estão de conformidade com a lei, agindo de acordo com os princípios de integridade, confidencialidade e disponibilidade, o que gera confiança para os fornecedores e clientes do seu negócio.

Outro grande desafio para as empresas e organizações na implementação da Lei Geral de Proteção de Dados será o de desenvolver a “Cultura de Proteção de Dados”, conciliando os universos diferentes das pessoas que integram e fazem parte das empresas e organizações com a visão e a missão da organização na implementação desta Cultura Organizacional de Privacidade e Proteção de Dados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, é possível afirmar que o Brasil, seguindo a tendência mundial das regulamentações acerca da proteção dos dados pessoais, sancionou a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 de agosto de 2018, a qual entrará em vigor em agosto de 2020.

Com ela, o consentimento do titular dos dados ganhou especial tratamento na legislação, o que confere autonomia e poder ao cidadão, uma vez que, sem o seu consentimento expresso e manifesto, as empresas e organizações não estarão autorizadas a coletar, usar ou tratar os dados dos usuários – salvo nas hipóteses de exceção previstas na própria Lei.

O cidadão também adquire o direito de pedir a eliminação dos dados, ou seja, revogar o consentimento anteriormente outorgado, devendo a empresa coletora deletar os dados do usuário de seus cadastros.

Outrossim, deve ser observada a finalidade, ou seja, o cidadão tem o direito de saber clara e especificamente quais os objetivos da coleta e do uso de seus dados – para quê serão utilizados. Por consectário lógico, a finalidade deve ser lítica e atender à boa-fé.

As consequências para as empresas e organizações que não se adequarem à nova Lei tendem a ser severas – sanções e altas multas, cuja base de cálculo será o faturamento da empresa. Portanto, o resultado de não estar compliance à LGPD pode ser extremamente prejudicial, tanto financeiramente, quanto para a imagem da empresa perante o mercado.

Ainda, sob o viés das empresas e organizações que tratam dados pessoais, é certo que estão elas adstritas ao dever de garantir aos usuários sigilo e confidencialidade das informações a que terão acesso (princípio da confidencialidade); garantir que a informação seja completa, correta, consistente, sendo vedada a sua modificação (princípio da integridade) e, garantir ao titular dos dados a disponibilidade dos dados (princípio da disponibilidade).

Enfim, talvez esse é o grande desafio da era digital: fazer com que os conceitos de ética, direito e proteção de dados convirjam de tal forma a criar uma cibercultura positiva ou uma nova ética digital sem, no entanto, inviabilizar os avanços tecnológicos.

O tema, portanto, não se esgota e ainda sofrerá diversas alterações de entendimentos e aplicação ao longo da vigência da LGPD, uma vez que diversas controvérsias tendem a emergir – tanto em virtude dos descumprimentos da Lei quanto pelo amadurecimento dos conceitos nela trazidos.

REFERÊNCIAS

ASSI, Marcos. **Compliance**: como implementar. São Paulo: Trevisan, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional nº 17 de 2019.** Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1567535523044&disposition=inline> >.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1992.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>.

_____. **Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm >.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm >.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >.

CORTELLA, Mario Sérgio. **Qual é a tua obra?** Inquietações, propositivas sobre gestão, liderança e ética. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 102.

CABRAL, Alberto. Homo Ciberneticus e o Novo Ethos. **Revista Filosofia** – Ciência e Vida, São Paulo, Ano XIII, n. 152, Editora Escala.

FERNANDEZ JUNIOR, Enio Duarte. **Brevíssimo aporte sobre o direito fundamental à privacidade e à intimidade na perspectiva do direito brasileiro sobre a proteção de dados pessoais.** In: Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14383 > Acesso em: 05 jun. 2019.

MORAES, Alexandre Fernandes de. **Redes sem fio:** instalação, configuração e segurança – fundamentos. São Paulo: Érica, 2010.

NEME, Carmen Maria Bueno; SANTOS, Marisa Aparecida Pereira. **Ética:** conceitos e fundamentos. São Paulo: Unesp, 2014.

SALDANHA, Nuno. **Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados:** O que é? A quem se aplica? Como implementar? Lisboa: FCA – Editora de Informática, 2018.

VIEIRA, Débora. **O que você precisa saber sobre a lei geral de proteção de dados** In: Portal Migalhas. Disponível em: <

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284723,101048->

O+que+voce+precisa+saber+sobre+a+lei+geral+de+protecao+de+dados > Acesso em: 13 set. 2019.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL E SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - o impacto da contribuição previdenciária ante as limitações ao poder de tributar

Clarice Lanner Carvalho Mertens¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é trazer à tona o tema da carga tributária e efetuar comentários acerca das alíquotas relativas à contribuição previdenciária do servidor público do Estado do Rio Grande do Sul, segurado vinculado ao regime próprio de previdência social, ante as alterações advindas da LC nº103/2019, e, por conseguinte, da Reforma Estrutural do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, bem como questionar a alíquota de 20%, à qual se obriga o segurado obrigatório do regime geral da previdência social, contribuinte individual. Muito embora sejam contribuintes que a princípio não demonstram nenhuma conexão, despertaram o interesse da autora nesta breve análise conjunta, em razão do impacto dessas contribuições na carga tributária que cada um desses segurados deve individualmente suportar. Para tanto, o tema foi analisado à luz das limitações ao poder de tributar, especialmente dos princípios da igualdade, na sua feição material, princípio da vedação do confisco e da capacidade contributiva.

Palavras-chave: Contribuinte individual. Servidor público estadual. Contribuição. Previdenciário.

1 INTRODUÇÃO

Em julho de 2019, a carga tributária brasileira chegou ao patamar de 35,07% do PIB, o que significa dizer que uma pessoa trabalha em média 128 dias por ano apenas para pagar tributos.

A arrecadação do Estado, leia-se, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, responde pela carga tributária brasileira, a segunda maior da América Latina e uma das mais altas do mundo e similar a países ricos como Noruega, Luxemburgo, Alemanha e Dinamarca, os quais têm índice de desenvolvimento humano (IDH) bastante superior ao do Brasil. Segundo disposto na Constituição Federal, tributos são os impostos, taxas e

¹ Advogada Previdenciária e Agrarista, Especialista em Direito Previdenciário pela ESMAFE/RS – Escola de Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Especializanda em Direito Agrário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS, Pós-graduada “latu sensu” em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS, Membro da Comissão Especial de Relações Internacionais e Integração do Mercosul da OAB/RS, Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil e Administradora de Empresas pela PUC/RS. OAB/RS 53.413 - email mertens.advocacia@gmail.com

contribuições de melhoria. No entanto, as contribuições sociais, tanto parafiscais (PIS, COFINS e CSLL) como previdenciárias específicas para segurado obrigatório e servidor público também têm natureza tributária.

A Emenda Constitucional n° 103/2019² alterou vários dispositivos relativos às alíquotas de contribuição previdenciária, tanto no âmbito do regime geral, quanto do regime próprio federal, elevando a alíquota básica progressivamente até 14% para os segurados do regime geral e a 22% para os segurados do regime próprio, sendo replicado o dispositivo no âmbito da Reforma Estrutural do Estado do Rio Grande do Sul.

Por outro lado, o segurado obrigatório da Previdência Social, contribuinte individual, consoante a Lei 8.212/91³, contribui com 20% sobre a remuneração mensal, alíquota bastante elevada e ainda superior à recente alteração para os demais segurados.

A despeito de tais premissas, a elevação das alíquotas previdenciárias, mesmo que de forma progressiva, ou a permanência de alíquotas elevadas, mesmo que já arraigadas no sistema jurídico, impactam diretamente na carga tributária e despertam curiosidade acerca de sua constitucionalidade ante as limitações ao poder de tributar, bem como à capacidade de os administrados se submeterem ao pesado fardo tributário que lhes é imposto, razão pela qual o presente artigo objetiva a presente abordagem.

2 DIGRESSÕES INTERPRETATIVAS

Na ADI 2.010-MC/DF, o Relator, Ministro Celso de Mello, entendeu que:

[...] a proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído,

²BRASIL. Palácio do Planalto. **Emenda Constitucional n° 103**, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

³*Id.* Palácio do Planalto. **Lei n° 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. **Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte.**⁴ [grifo nosso.].

Não obstante, recente precedente da Suprema Corte⁵ assentou o entendimento de que violação dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da vedação do confisco ou da anterioridade deve ser analisada à luz do caso concreto⁶, pela consideração da totalidade da carga tributária suportada pelo contribuinte, e não pelo incremento isolado de uma contribuição.

Diversos precedentes da própria Suprema Corte enfatizam o fato de que o princípio da “[...] capacidade contributiva busca, exatamente, justificar a adoção de critérios de diferenciação de incidência, conforme exija a multiplicidade de situações sociais, sempre visando a uma tributação mais justa e equânime”⁷.

Ao arrepio do aspecto retórico, não há como supor que é equânime que um tipo de segurado obrigatório contribua com alíquota menor que outro segurado obrigatório em situação idêntica. É o que sempre ocorre com o contribuinte individual, o qual sempre teve que arcar sozinho com 20% sobre o valor efetivamente recebido no mês, obedecidos os limites mínimo e máximo do salário-de-contribuição, enquanto os demais segurados dividem o encargo com o empregador.

3 A CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS OBRIGATÓRIOS

São segurados obrigatórios todos aqueles que se filiam ao Instituto Nacional de Previdência Social a partir do exercício de uma atividade remunerada, ou seja, o empregado,

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010-MC/DF**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1764331>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁵*Id.* Supremo Tribunal Federal. **ADI 2898**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, processo eletrônico DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2020.

⁶*Id.* Supremo Tribunal Federal. **ADI 3144**. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 30-10-2018 PUBLIC 31-10-2018. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2020.

⁷*Id.* Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010-MC/DF**. *Op. cit.*

o trabalhador avulso, o empregado doméstico, o contribuinte individual e o segurado especial.

Sem embargo das especificidades de cada segurado e, em específico do segurado especial que contribui pela produção e se enquadra nessa categoria quando, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, desenvolva suas atividades; todos os demais contribuía, até a EC nº 103/2019 da seguinte forma: 8%, 9% e 11% conforme a faixa salarial.

De acordo com o art. 28 da EC nº 103/2019, Reforma da Previdência, esses percentuais passaram a ser de 7,5%, 9%, 11% e 14%, aplicados de forma progressiva sobre o salário de contribuição do segurado, incidindo cada alíquota sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites.

Com relação ao recolhimento anterior à reforma, o percentual era complementado pelo empregador até alcançar o percentual de 20% vertido à Previdência Social.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 alterou essas alíquotas e, a partir de 01/03/2020, com o início de sua vigência tributária em razão do princípio da anterioridade nonagesimal, esses percentuais serão elevados até 14% de forma progressiva, também de modo compartilhado com o empregador até o patamar de 20%. Quanto aos contribuintes individuais continua a contribuição de 20% sobre o valor recebido, limitado ao teto da previdência social.

4 CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

O art. 9º do Decreto 3.048/99⁸ discorre especificamente sobre os trabalhadores considerados como segurados obrigatórios, sendo que o inciso V destaca quem são os contribuintes individuais, revelando uma gama bastante grande de trabalhadores que se enquadram nessa categoria.

O contribuinte individual é o antigo autônomo, o empresário, o profissional liberal, as pessoas que trabalham por conta própria ou que prestam serviços ou não a outras empresas, mas sem vínculo empregatício. É assim considerado o advogado; a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter

⁸BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto nº 3.048**, de 6 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

permanente ou temporário, mas não em regime de economia familiar; a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral – garimpo –, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos; o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa; o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado; o titular de firma individual urbana ou rural; os motoristas de táxi; os vendedores ambulantes; as diaristas; os pintores; os eletricitistas; os associados de cooperativas de trabalho, entre outros.

Quando o segurado obrigatório, contribuinte individual, não presta serviço a nenhuma empresa, deve arcar sozinho com o ônus da contribuição previdenciária de 20% sobre o valor que recebe, porém limitado ao teto, sem a participação de terceiros como no caso do empregado, com o qual o empregador divide a responsabilidade pela contribuição. Além disso, é o contribuinte individual que também assume sozinho o risco da atividade e a favor do qual não existe presunção de recolhimento, como ocorre com o segurado empregado, que, uma vez comprovando a atividade perante o INSS, faz jus a todos os benefícios previdenciários.

Não restam dúvidas de que existe identidade de alíquotas, o que evidencia uma igualdade formal, mas, em termos de carga tributária, o impacto é consideravelmente maior, as garantias são menores e há desigualdade material e desproporcionalidade.

5 SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Reforma da Previdência alterou também as alíquotas de contribuição para o servidor público. Nos termos da EC n° 103/2019, a mudança, relativamente à vigência, se aplica nos mesmo moldes do regime geral, mas apenas para os servidores federais para os quais as regras da reforma passaram a ser aplicáveis com a publicação da emenda de forma direta e imediata, obedecidos os prazos de vigência quanto à anterioridade.

No que diz respeito aos demais entes federativos, algumas regras passaram a ser desde já aplicáveis, mas, no que pertine à alteração das alíquotas de contribuição, o art. 36, II combinado com os arts. 9, § 4° e 11 da Emenda, determinou que só entraria em vigor para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

quanto a alterações na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referendasse integralmente.

Assim, com a aprovação em 22/12/2019 da PLC 503/2019⁹, Reforma Estrutural do Estado do Rio Grande do Sul, que altera a Lei Complementar nº 13.758/2011¹⁰, a qual dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul, passaram a ser aplicáveis aos servidores estaduais as mesmas alíquotas aplicáveis aos servidores federais, conforme quadro progressivo com alíquotas mínimas de 7,5% e máximas de 22%.

A tabela progressiva aplica a alíquota de acordo com a faixa salarial, motivo pelo qual a alíquota efetiva é limitada a 16,59%.

Salário (em R\$)		ATIVO	ATIVO	ATIVO	INATIVO	INATIVO	INATIVO
De	Até	Alíquota atual	Alíquota aprovada	Alíquota aprovada efetiva	Alíquota atual	Alíquota aprovada	Alíquota aprovada efetiva
-	998,00	14%	7,5%	7,50%	0%	0%	0%
998,01	2.000,00	14%	9%	7,50% a 8,25%	0%	9%	0 a 4,51%
2.000,01	3.000,00	14%	12%	8,25% a 9,50%	0%	12%	4,51 a 7,01%
3.000,01	5.839,45	14%	14%	9,50% a 11,68%	0%	14%	7,01 a 10,41%
5.839,46	10.000,00	14%	14,5%	11,68% a 12,86%	14%	14,5%	10,41 a 12,11%
10.000,01	20.000,00	14%	16,5%	12,86% a 14,68%	14%	16,5%	12,11 a 14,30%
20.000,01	39.000,00	14%	19%	14,68% a 16,79%	14%	19%	14,30 a 16,59%
39.000,01	ou mais	14%	22%	Acima de 16,79%	14%	22%	Acima de 16,59%

Fonte: SCARTON (s.d., s.p.).

Até então, conforme dispunha o art. 10-A da Lei Complementar nº 13.758/2011, a contribuição previdenciária mensal descontada dos segurados civis ativos, inativos e pensionistas do Estado do Rio Grande do Sul, contribuintes do Regime Financeiro de Repartição Simples, estava fixada em 14%. Com a alteração da base de cálculo, houve um acréscimo máximo efetivo na contribuição previdenciária para ativos e inativos, excluindo-

⁹RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei Complementar nº 503**, de 22 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PLC/NroProposicao/503/AnoProposicao/2019/Default.aspx>. Acesso em: 07 jan. 2020.

¹⁰RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei Complementar nº 13.758**, de 15 de julho de 2011. Disponível em: http://www.ipe.rs.gov.br/upload/1342720534_Lei%20n%C2%BA%2013.758.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

se apenas aqueles isentos de contribuição, com remuneração correspondente ao salário-mínimo.

Na prática, o cálculo do percentual progressivo parece ser bastante elevado; por isso, é importante a análise frente a algumas situações reais, da seguinte forma: ativos, inativos, salários inferiores ao teto do regime geral (antes isentos) e superiores ao teto do regime geral.

Exemplo A

Servidor público estadual em atividade - Salário: R\$ 15.000,00

Observação: atualmente, para o servidor público estadual ativo é aplicado o percentual sobre toda a remuneração.

Salário	R\$	Alíquota atual	Valor descontado	Alíquota pós - reforma	Valor descontado (R\$)
Na parcela do salário a partir de	Até este valor, incide conforme faixa				
-	998,00	14%		7,5%	74,85
998,01	2.000,00	14%		9%	90,18
2.000,01	3.000,00	14%		12%	119,99
3.000,01	6.101,06*	14%		14%	434,15
6.101,07	10.000,00	14%		14,5%	565,34
10.000,01	20.000,00	14%		16,5%	699,99
20.000,01	39.000,00	14%		19%	-
39.000,01	Acima deste valor	14%		22%	-
Total descontado			2.100,00		1.984,50
Alíquota efetiva			14%		13,23%

* valor conforme teto fixado para 2020.

Fonte: Elaborada pela autora.

Exemplo B

Servidor público estadual inativo - Salário: R\$ 15.000,00

Observação: atualmente, para o servidor público estadual inativo é aplicado o percentual sobre a remuneração apenas na parte que ultrapassa o teto.

Salário	R\$	Alíquota atual	Valor descontado	Alíquota pós - reforma	Valor descontado (R\$)
Na parcela do salário a partir de	Até este valor, incide conforme faixa				
-	998,00	0 %		7,5%	74,85
998,01	2.000,00	0 %		9%	90,18
2.000,01	3.000,00	0 %		12%	119,99
3.000,01	6.101,06*	14%		14%	434,15
6.101,07	10.000,00	14%		14,5%	565,34
10.000,01	20.000,00	14%		16,5%	699,99
20.000,01	39.000,00	14%		19%	-
39.000,01	Acima deste valor	14%		22%	-
Total descontado			1.245,85		1.984,50
Alíquota efetiva			8,30%		13,23%

* valor conforme teto fixado para 2020.

Fonte: Elaborada pela autora.

Exemplo C

Servidor público estadual inativo - Salário: R\$ 6.000,00

Observação: atualmente, para o servidor público estadual inativo é aplicado o percentual sobre a remuneração apenas na parte que ultrapassa o teto.

Salário	R\$	Alíquota atual	Valor descontado	Alíquota pós - reforma	Valor descontado (R\$)
Na parcela do salário a partir de	Até este valor, incide conforme faixa				
-	998,00	0 %		0%	0
998,01	2.000,00	0 %		9%	45,18
2.000,01	3.000,00	0 %		12%	119,99
3.000,01	6.101,06*	0 %		14%	419,99
6.101,07	10.000,00	0 %		14,5%	
10.000,01	20.000,00	0 %		16,5%	
20.000,01	39.000,00	0 %		19%	-
39.000,01	Acima deste valor	0 %		22%	-
Total descontado			0,00		585,16
Alíquota efetiva		0%			9,7%

* valor conforme teto fixado para 2020.

Fonte: Elaborada pela autora.

Note-se que, para os servidores estaduais inativos, a Reforma Estrutural do Estado impacta consideravelmente em sua renda, caracterizando um aumento na carga tributária.

6 COMENTÁRIOS À LUZ DAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

Previamente é importante fazer menção ao art. 145 da Constituição Federal, o qual dispõe que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**.

Além disso, o art. 150 da Constituição Federal, já inserido no tema das limitações ao poder de tributar, refere, no inciso II, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente**, sendo proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Sem dúvida, o princípio da igualdade deve ser observado pelo foco da paridade, pelo seu aspecto formal e material. Rui Barbosa, muito provavelmente inspirado na célebre expressão de Aristóteles referiu que “[...] tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”¹¹, traz a base conceitual do princípio e suas faces, explicitando que a igualdade formal é aquela que expõe a isonomia, igualdade perante lei, insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal; ao passo que a igualdade material é a igualdade com equilíbrio, a igualdade proporcional, aristotélica¹², a qual deve ser perseguida, incansavelmente.

O sistema tributário compreende uma série de limitações, que muitas vezes parecem orbitar o âmbito da retórica, pois, de regra, são afastados. O princípio da vedação do

¹¹BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 26.

¹²“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Igualdade. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-1/igualdade>. Acesso em: 09 jan. 2020.

confisco¹³, por exemplo, que impede a utilização do tributo para efeito de confisco e a tributação excessiva, como não tem uma limitação objetiva, é praticamente inaplicável.

Numa perspectiva de confronto com a carga tributária, a vedação do confisco é sempre tida por inaplicável, ou por alguma justificativa inversa e incongruente de igualdade material, ou justificativa de solidariedade contributiva – também discrepante do real sentido –, ou por outro motivo qualquer que lhe dá tratamento decorativo no ordenamento jurídico. É o que se percebe pela leitura de recente trecho da ADI 2898/DF, quando se argumenta que: “Tendo em conta a totalidade da carga tributária suportada pelo contribuinte, o **incremento isolado de uma contribuição** não seria suficiente para atestar o efeito confiscatório propalado, porquanto, apesar do maior sacrifício da renda do sujeito passivo do tributo, não se impôs óbice irrazoável ao exercício de sua atividade”¹⁴. Mas então, qual seriam os parâmetros caracterizados da confisalidade? Ou seriam eles tão subjetivos, que incapazes de qualquer efetividade?

7 CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

Nesse compasso, sob o foco da situação do **contribuinte individual**, não parece haver igualdade entre esse e os demais segurados obrigatórios da previdência social. O contribuinte individual arca sozinho com o ônus da contribuição de 20% sobre seu rendimento – limitado ao teto –, diferentemente dos segurados empregados, por exemplo, que, comprovando ter exercido a atividade, não precisa comprovar o recolhimento da contribuição, pois conforme a faixa salarial, uma parte é recolhida pelo empregador e a outra, paga pelo empregado, mas retida pelo empregador.

A favor do contribuinte individual não há garantias nem presunção de recolhimento e não há o benefício de prorrogação da qualidade de segurado em razão do desemprego. O reconhecimento da perda da qualidade de segurado no termo final dos prazos fixados no art.

¹³“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV – utilizar tributo com efeito de confisco; [...]” BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

¹⁴*Id.* Supremo Tribunal Federal. **ADI 2898**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, processo eletrônico DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2020.

13 do Decreto 3.048/99, que amplia o período de manutenção dos prazos para perda da qualidade de segurado, ocorrerá no dia seguinte ao do vencimento da contribuição do contribuinte individual relativa ao mês imediatamente posterior ao término daqueles prazos, não existindo as várias possibilidades de dilação como as aplicáveis aos demais segurados obrigatórios.

Assim, a contribuição, além de ser, de fato, a mais onerosa, ainda tolhe o segurado de direitos garantidos a outros segurados.

Veja-se que na ADI 2898/DF, julgada em 10/10/2018, do Relator Min. Dias Toffoli, foi dito que a

[...] conformação do princípio da isonomia na Constituição Federal, mais ainda na vertente tributária, autoriza a adoção de medidas discriminativas para a promoção da igualdade em sentido material. No caso da Contribuição Social de Lucro Líquido (CSLL), assim como de outras contribuições sociais, a Constituição Federal autoriza a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, dentre outros critérios, em razão da atividade econômica desenvolvida pela empresa, notadamente após a Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu o § 9º no art. 195 da CF. **5. Atrelado ao valor da isonomia, o princípio da capacidade contributiva busca, exatamente, justificar a adoção de critérios de diferenciação de incidência, conforme exija a multiplicidade de situações sociais, sempre visando a uma tributação mais justa e equânime.**¹⁵ [grifo nosso.].

Se assim fosse, observando-se o vasto grupo de profissionais considerados como **contribuintes individuais**, a excessiva alíquota de 20% não opera essa igualdade, pois viola o princípio da capacidade contributiva e o expelle para a informalidade. O contribuinte individual não tem as garantias trabalhistas do empregado, não tem férias, 13º salário, FGTS. Se adoecer, não trabalha e não ganha, e a ele não serão pagos os primeiros 15 dias de afastamento, pois esses dias são, de regra, pagos pelo empregador. O contribuinte individual receberá os valores a partir da data do requerimento.

Igualmente, quando se repassam os precedentes acerca do tema da vedação do confisco, fica claro que não há alíquota capaz de caracterizá-la. Fala-se em “pequeno incremento à carga tributária incapaz de ser considerada como confisco”, mas de tempos em tempos essas “pequenas” alíquotas vão se acumulando como custo fixo nas contas do contribuinte, de modo que se chega à atualidade com 35,07% do PIB representando a carga tributária imposta ao cidadão brasileiro, e calculado pela média, o que significa que no

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2898**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, processo eletrônico DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2020.

patrimônio do contribuinte individual, esse percentual é bem maior. Não obstante, conforme já colacionado, “[...] resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte”¹⁶.

Por sorte, a alíquota de 20% do contribuinte individual não sofreu acréscimo com a reforma da previdência, mas é de se pasmar que, ao passo que a contribuição dos demais segurados obrigatórios do regime geral tenham sofrido acréscimo, ainda assim são inferiores ao do contribuinte individual, pois esses ainda continuam arcando com sua totalidade no momento do recolhimento mês a mês.

8 SERVIDOR PÚBLICO

Um dos objetivos da exposição de motivos da PEC n° 6/2019¹⁷ era uma maior convergência entre os regimes geral e próprio, ou seja, a busca de uma aproximação entre os objetivos e regras dos dois regimes. Não foi o que aconteceu. Numa breve observação das alterações se tem a impressão de que os regimes realmente se aproximaram, entretanto, diversas incongruências foram, não só mantidas, como agravadas.

Mais uma vez se está diante de uma igualdade irreal ou mesmo formal, que em nada reflete a realidade. Fala-se em mesma tabela percentual como se fossem aplicadas da mesma forma, o que não é.

Na realidade, o segurado da previdência social que se aposenta não recolhe contribuição previdenciária, ficando assim obrigado apenas na hipótese do art. 12, § 4°, da Lei n° 8.213/91:

Art. 12. [...]

§ 4° O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010-MC/DF**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3108696&tipoApp=RTF>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁷*Id.* Câmara dos Deputados **PEC 6/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 10 jan. 2020.

obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social.¹⁸

Apenas para que não seja olvidado, o tema já foi objeto de discussão. Os aposentados que retornavam à atividade, entendendo que deveriam ser isentos de recolher a contribuição, uma vez que já haviam contribuído o suficiente tanto que fossem implementados os requisitos de aposentadoria, buscaram junto ao Supremo Tribunal Federal afastar essa obrigação, mas o entendimento foi reafirmado no sentido do § 4º.

Retomando o foco do assunto, o servidor público já efetuava suas contribuições previdenciárias vertidas ao regime próprio. Contudo, o servidor inativo que recebia remuneração até o teto do regime geral era isento de contribuição. Com relação àqueles que recebiam valor superior ao teto, o valor a recolher a título de contribuição previdenciária era de 14% sobre o que excedesse o teto. No momento, tais regras ainda estão vigentes, pois para os servidores do Estado do Rio Grande do Sul ainda não são aplicáveis as alíquotas em razão do princípio da anterioridade mitigada, ou nonagesimal.

Contudo, o Estado do Rio Grande Sul, por intermédio da PLC 503/2019 que altera a Lei Complementar nº 13.758, de 15 de julho de 2011, adotou rapidamente os termos da EC nº 103/2019, inclusive porque uma das recomendações da reforma do regime geral foi justamente o de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotassem integralmente as regras do regime próprio de previdência dos servidores da União, mediante aprovação de lei ordinária de iniciativa do respectivo Poder Executivo.

Não obstante, mais uma vez se está diante de uma situação que entra em confronto com os princípios basilares que regem o sistema constitucional.

Não há igualdade material em manter a isenção dos aposentados do regime geral, considerando-se que esse regime é limitado ao teto, e decidir tributar no regime próprio todos aqueles que recebem até o teto.

Note-se que no quadro da página 8, ora replicado, um servidor público inativo, que percebe hipoteticamente proventos de aposentadoria no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), passa a ter que recolher 9,7% aos cofres públicos, a título de contribuição previdenciária, sendo que antes era isento.

¹⁸ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

Salário	R\$	Alíquota atual	Valor descontado	Alíquota pós-reforma	Valor descontado (R\$)
Na parcela do salário a partir de	Até este valor, incide conforme faixa				
-	998,00	0 %		0%	0
998,01	2.000,00	0 %		9%	45,18
2.000,01	3.000,00	0 %		12%	119,99
3.000,01	6.101,06*	0 %		14%	419,99
6.101,07	10.000,00	0 %		14,5%	
10.000,01	20.000,00	0 %		16,5%	
20.000,01	39.000,00	0 %		19%	-
39.000,01	Acima deste valor	0 %		22%	-
Total descontado			0,00		585,16
Alíquota efetiva		0%			9,7%

* valor conforme teto fixado para 2020.

Fonte: Elaborada pela autora.

Assim, flagrante a incongruência entre os objetivos da reforma e as práticas adotadas. É público e notório que o objetivo principal do governo federal com a reforma da previdência era retirar privilégios e reduzir as desigualdades; essa era, de fato, expressão largamente difundida no escopo de sua aprovação.

Reduzir desigualdades é buscar o equilíbrio. Se a intenção da lei é essa, não é admissível que se imponham contribuições num regime, quando no outro – em hipótese análoga – ele não existe. É um retrocesso da lei e inviabiliza qualquer probabilidade de ser considerado razoável, proporcional ou equânime. Além disso, esses servidores que recebiam seus proventos de aposentadorias até o teto do regime geral, eram isentos e já faziam parte das estatísticas que revelam a novamente trazida à tona, carga tributária de 35,07%. Não seria essa uma hipótese de confisco, se para esses servidores há um acréscimo real de 9,7% na carga tributária, considerando o exemplo apresentado? Por óbvio, é injusta a apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária

Por fim, consoante bem expõe Eduardo Sabbag em sua obra “Elementos do Direito Tributário”,

[...] o tributo é inexorável, mas o “poder de tributar” não deve ser o “poder de destruir” ou de aniquilar o patrimônio do sujeito passivo. Ressalte-se que o “confisco” pode ser suscitado, em face de tributação anômala, mesmo que o tributo contenha em seu bojo a exigência de valores razoáveis. Queremos afirmar que “confisco” pode ser “tributação anômala” independentemente do montante

exigido, cabendo ao intérprete averiguar as lesões ao Direito Tributário, tradutoras, *ipso facto*, de violação ao postulado da razoabilidade da tributação.¹⁹

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados **PEC 6/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Ministério da Economia. Secretaria de Previdência. **Aplicação da Emenda Constitucional nº 103 de 2019 aos RPPS**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/regimes-proprios/legislacao-dos-rpps/emenda-constitucional-rpps/aplicacao-da-emenda-constitucional-no-103-de-2019-aos-rpps/>. Acesso em: 04 dez. 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria de Previdência. **Instrução Normativa nº 77**, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/assuntos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues/>. Acesso em: 07 dez. 2019.

_____. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

_____. Palácio do Planalto. **Decreto nº 3.048**, de 6 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

_____. Palácio do Planalto. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

¹⁹SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Prima, 2004. Disponível em: https://books.google.it/books?id=eD1nDwAAQBAJ&pg=PT44&lpg=PT44&dq=o+tributo+%C3%A9+inexoravel,+mas+o+poder+de&source=bl&ots=I-ccEp12_C&sig=ACfU3U3Klx-Bc5QWerox6zKmA9r99GRZ1g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiywKvIlg67nAhVGduwKHRCVA_QQ6AEwAHoEAcQAQ#v=onepage&q=o%20tributo%20%C3%A9%20inexoravel%2C%20mas%20o%20poder%20de&f=false. Acesso em: 10 jan. 2019.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

_____. Senado Federal. **Novas alíquotas de contribuição à Previdência valem em março de 2020**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/11/novas-aliquotas-de-contribuicao-a-previdencia-valem-em-marco-de-2020>. Acesso em: 08 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010-MC/DF**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1764331>. Acesso em: 08 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010-MC/DF**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3108696&tipoApp=RTF>. Acesso em: 08 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2898**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, processo eletrônico DJE-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3144**. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, processo eletrônico DJE-232 DIVULG 30-10-2018 PUBLIC 31-10-2018. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1183604 AgR**. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 06/05/2019, processo eletrônico DJE-102 DIVULG 15-05-2019 PUBLIC 16-05-2019. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 656089**. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018, acórdão eletrônico DJE-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CUCOLO, Eduardo. **Reforma tributária vai precisar enfrentar 66 tributos**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/reforma-vai-precisar-enfrentar-66-tributos.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FERNANDES, Adriana. **Carga tributária bate recorde de 35,07% do PIB, mesmo com economia fraca**. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga->

tributaria-bate-recorde-de-35-07-do-pib-mesmo-com-a-economia-fraca,70002944416.
Acesso em: 08 jan. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Igualdade. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-1/igualdade>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei Complementar nº 13.758**, de 15 de julho de 2011. Disponível em: http://www.ipe.rs.gov.br/upload/1342720534_Lei%20n%C2%BA%2013.758.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

_____. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei Complementar nº 503**, de 22 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PLC/NroProposicao/503/AnoProposicao/2019/Default.aspx>. Acesso em: 07 jan. 2020.

_____. **Reforma da Previdência dos servidores civis do RS é aprovada na Assembleia**. Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/reforma-da-previdencia-dos-servidores-civis-do-rs-e-aprovada-na-assembly>. Acesso em: 12 jan. 2020.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Prima, 2004. Disponível em: https://books.google.it/books?id=eD1nDwAAQBAJ&pg=PT44&lpg=PT44&dq=o+tributo+%C3%A9+inexoravel,+mas+o+poder+de&source=bl&ots=I-ccEp12_C&sig=ACfU3U3Klx-Bc5QWerox6zKmA9r99GRZ1g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiywKvIg67nAhVGDuWKHRCVA_QQ6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q=o%20tributo%20%C3%A9%20inexoravel%2C%20mas%20o%20poder%20de&f=false. Acesso em: 10 jan. 2019.

SCARTON, Susy. **A previdência dos servidores civis terá novas alíquotas valendo em 2020**. Disponível em: <https://www.diariopopular.com.br/politica/previdencia-dos-servidores-civis-tera-novas-aliquotas-valendo-em-2020-147579/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

FEMINICÍDIO: UMA PERSPECTIVA NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS¹

Franciele da Rocha Dias²
Claudia Maria Petry de Faria³

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise da aplicação da Lei nº 13.104/2015, no que tange à questão de gênero, com ênfase na diversidade sexual, diferenciando sexo, gênero e sexualidade. O presente estudo aponta as formas de violência praticadas e os meios para o enfrentamento dos tratados e convenções internacionais. Analisa também bem a história de Maria da Penha, a promulgação da Lei nº 11.340/06 e suas características, com especial atenção ao crime de Femicídio e a natureza de sua qualificadora, a qual ainda não apresenta entendimento pacificado. Como estratégia de trabalho, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Diversidade sexual. Gênero. Femicídio.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAS

O presente trabalho versa sobre questões de gênero, tendo em vista a promulgação da Lei nº 13.104 de 2015, a qual incluiu a qualificadora do feminicídio no rol de crimes hediondos, vez que a tipificação da lei visa coibir o homicídio de mulheres no Brasil. O objetivo principal do presente estudo é visualizar a aplicabilidade desta lei, uma vez que surge em consequência do agravamento da violência praticada contra as mulheres, evidenciada pela aplicabilidade da Lei nº 11.340/06, conhecida como lei Maria da Penha e o sistema protetivo que permitiu implantar.

Assim, inicialmente será analisado o crime de feminicídio em sentido amplo visando compreender a necessidade de criação de legislação específica. O feminicídio adentrou no

¹Artigo baseado em Monografia, cujo inteiro teor pode ser acessado pelo site: <<https://biblioteca.feevale.br/Vinculo2/00001b/00001b63.pdf>>.

²Bacharel em Direito (Feevale, 2019). Pós graduanda em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista (Uninter). E-mail.: francielerocha165@gmail.com.

³ Doutora em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale (2015). Mestre em Letras, Cultura e Regionalidade pela Universidade de Caxias do Sul (2006). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1981), Professora dos Cursos de Graduação em Direito e Gestão de Recursos Humanos (Feevale), Professora do Curso de Pós Graduação e de Direito do Trabalho, Previdenciário e Processual do Trabalho (Feevale). Membro do Conselho Editorial da Revista Alienação Parental - Revista Digital Lusobrasileira de Alienação Parental. Especializada em Psicologia Forense pela Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Sócia do escritório de Advocacia Petry de Faria Advogados Associados. Orientadora da monografia que ensinou o presente artigo.

ordenamento jurídico com o intuito de nomear os crimes cometidos contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar em razão da discriminação do gênero. Entre os objetivos do legislador, está o de, ao menos, minimizar a violência praticada contra as mulheres, considerando, a presença ainda que, silenciosa, da estrutura patriarcal da sociedade.

2. AS FORMAS DE VIOLÊNCIA

A complexidade da violência praticada contra as mulheres, é de tamanha proporção que se torna valioso entender que, com a construção social e cultural, a diferenciação entre masculino e feminino se deu pela expressão “gênero”. Dessa forma, a discriminação e os preconceitos existentes permanecem na sociedade, constituída pela dominação, opressão e o poder de desigualdade. A reiteração dessas práticas, as torna algo natural.⁴ Portanto, com o surgimento da expressão “violência de gênero”, a qual foi introduzida nos estudos feministas como forma de deixar claro que se trata de um tipo de violência na sociedade e se perpetua contra as mulheres. Diante disto, é valioso mencionar que o patriarcado ainda é um dos principais motivadores das violências, mesmo havendo muitos estudos sobre os direitos das mulheres e o acesso delas à Justiça.⁵ Nesse sentido, vários são as formas de violência praticadas, como as que, a seguir, será exposto.

Sendo assim, a violência interpessoal pode ser classificada de duas formas: violência doméstica, quando ocorre dentro do lar, podendo ser cometida contra crianças, adolescentes e idosos; e a familiar, que é cometida por alguém do âmbito familiar, mas em locais públicos, como rua ou trabalho da vítima.⁶ Com a promulgação da Lei Maria da Penha, valioso mencionar que a violência doméstica e familiar contra a mulher, deve observar o disposto ao artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, que relata como tal norma deve ser compreendida, dispondo que:

⁴ TOLEDO, Luciano Medeiros de; SABROZA, Paulo Chagastelles. Violência: orientações para profissionais da atenção básica de saúde. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2013. p. 09. Disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_469588428.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵ SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. **Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe**, vol. 16, n.1, 2005. p. 147 – 164. Disponível em: <<http://eial.tau.ac.il/index.php/eial/article%20/view/482>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁶ BARSTED, Mariana; ROMANI, Andrea. Uma vida sem violência é um direito nosso. In: BARSTED, Mariana; ROMANI, Andrea. **Violência contra a mulher: Um guia de defesa, orientação e apoio**. 3. ed. Rio de Janeiro: CEPIA, 2000, p. 7-9. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/12/CEPIA_GuiaViolenciaMulherRJ2014.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou à saúde de outrem: [...] § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.⁷

Nesse sentido, o artigo 7º da Lei nº 11.340/06⁸, conhecida como Lei Maria da Penha, dispõe sobre as formas de violência doméstica e familiar praticadas contra a mulher. Diante do exposto, é possível verificar que a violência possui classificação conforme o contato que é realizado, podendo ser citado, como exemplo, o contato sexual, físico ou verbal. Também pode ocorrer mediante o uso da força, chantagem e ameaça, bem como qualquer outro meio que impeça a vontade da vítima. Assim, é notório que a mulher também sofre violência sexual de seu esposo, namorado, quando é forçada a manter uma relação sexual sem seu consentimento, havendo punição para o agressor. Sob esse viés, Maria Berenice Dias descreve que:

[...] uma certa resistência da doutrina e da jurisprudência em admitir a possibilidade da ocorrência de violência nos vínculos familiares. [...] o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento legitima a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito.⁹

A seu turno, Heleieth Iara Bongiovani Saffioti relata que a violência física “é o tipo de violência com maior facilidade de interpretação”, isto por que “além de ser visível, deixando marcas pelo corpo da vítima tem uma proximidade do conceito de violência aceita comumente pela população”, ocasionando “a ideia de que a violência é uma ‘ruptura de integridade corporal da vítima’”.¹⁰

Além disso, está disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 11.340 que a violência física é “entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal”.¹¹

⁷ BRASIL. Presidência da República. **Decreto lei N° 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 22 de setembro de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

¹⁰ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 81-83.

¹¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 22 de setembro de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção

Do mesmo modo, Luciane Lemos da Silva, Elza Berguer Salema Coelho e Sandra Noemi Cucurullo Caponi, definem a violência física como “[...] dano, por meio de força física, de algum tipo de arma ou instrumento que pode causar lesões internas: (hemorragias, fraturas), externas (cortes, hematomas, feridas)”.¹²

Quanto à violência emocional/psicológica, não raras são às vezes em que é praticada concomitantemente com os outros tipos de violência doméstica, vez que diminui a autoestima e ocorre mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, chantagem, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação da vítima. A violência psicológica é, portanto, a ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa.¹³ Por fim, não menos importante, a violência sexual é identificada como qualquer atividade sexual não consentida, incluindo o assédio sexual, ou seja, é qualquer conduta que constranja a mulher a manter conjunção carnal não desejada, praticada mediante intimidação, coação, etc. Deste modo, a violência sexual muitas vezes é confundida como sendo um dever do casamento e, em razão do vínculo matrimonial permanece a resistência na aceitação da insistência do homem em ter relação sexual como sendo uma prática de violência.¹⁴

Contudo, mesmo havendo definições e conceitos legais para essas formas de violências, a prática continua longe de ser enfrentada de forma adequada, pois muitas pessoas ainda sofrem caladas, por temerem e saberem que o Poder Judiciário levará tempo até que algo seja, efetivamente, realizado. Embora existam as medidas protetivas, o que foi um avanço na legislação, não alongando sobre o tema, mas valioso destacar que elas existem, embora muitos agressores as ignorem por considerarem que nada lhes acontecerá. Por isso,

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹² SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berguer Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface: Saúde, Educação, Comunicação**. Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007.

¹³ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008, p. 213.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. 2013, p. 16.

a luta continua incessante para que a violência contra mulheres e a diversidade sexual seja punida de forma a coibir tal prática.¹⁵

A conduta de violência contra mulher, embora tipificada como crime, como será visto mais adiante, ainda é recorrente e pode ser observado que há muitos indivíduos que ainda infringem essa norma legal, atentando contra a vida de outrem. Nesse teor, imperioso destacar os tratados e convenções internacionais que trazem o assunto à baila, pois evidenciam essa violação de direitos, o que ocorre há muitos anos.

3. O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Analisa-se, agora, o enfrentamento do problema da violência contra a mulher, através dos Tratados e Convenções Internacionais. Assim, inicialmente serão analisadas as disposições constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, posteriormente, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres e na ONU Mulher. Além disso, imprescindível é a análise da Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, através da história a mulher que dá nome à lei, sua promulgação e suas mudanças. Seguindo nessa linha, analisa-se a Lei nº 13.104/15, conhecida como Lei do Femicídio, originando a criação da qualificadora como crimes hediondos praticados contra mulher em virtude da discriminação de gênero no âmbito da violência doméstica e familiar e sua aplicação através de análises jurisprudenciais.

Nessa senda, iniciada pela omissão do Brasil frente a uma violência doméstica clara e reiterada, houve uma condenação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em face da inefetividade na penalização em casos de crimes hediondos. Após a condenação, o Brasil se comprometeu a coibir estes atos¹⁶, sendo, então, criada a Lei nº 11.340, como já referido, conhecida como Lei Maria da Penha, nome da vítima que sofreu reiteradamente com violência doméstica e familiar.¹⁷

Os Tratados e Convenções Internacionais acerca da proteção aos direitos humanos referem-se, também, aos direitos das mulheres, estabelecendo medidas contra a violência

¹⁵ LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha Comentada**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007, p. 35.

¹⁶ CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-63.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. 2013, p. 15.

doméstica e familiar. Tais regramentos mencionam a grande relevância sobre a violação dos direitos humanos e sobre a responsabilização do Estado caso não consiga assegurar estes direitos aos cidadãos. Nessa senda, ocorreu em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo a importância dos direitos fundamentais de modo internacional, estabelecendo-se como um marco de extrema importância para o século XX, pois, a partir de então, os movimentos sociais criaram mais forças na luta para que os governos assinassem e respeitassem os acordos internacionais.¹⁸

Desta feita, é possível afirmar que a Declaração dos Direitos Universais de 1948 é o diploma que se torna basilar para os movimentos que buscam assegurar as garantias pétreas da humanidade e internacionalizar os Direitos Humanos, tantas vezes vilipendiados. Sob esta ótica é correta a afirmação de que este documento assevera, de modo enfático, a universalização dos valores que foram buscados na Revolução Francesa, ou seja, a igualdade, fraternidade e liberdade.¹⁹ Apesar deste cuidado dos signatários do referido documento, ele carece de executividade posto não ser atribuição do Órgão Internacional trazer penalidades a serem aplicadas aos transgressores, pois apenas recomenda princípios e não normas internacionais.²⁰

Dessa maneira, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, ratificada em 1984, é considerada o marco inicial do processo de integração de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que, poucos anos depois, serviu de inspiração para a Constituição Federal de 1988.²¹ Ainda, isto se torna mais relevante se for pensado sob a ótica de Flávia Piovesan, quando afirma que “no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana,

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

¹⁹ ALEXANDRINO, Isis de Angellis Sanches; FERREIRA, Gustavo Assed. A problemática da responsabilidade internacional dos Estados por violação de Direitos Humanos no sistema interamericano. **Ius Gentium**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 46-82, jan/jun. 2017. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/319/255>>. Acesso em: 20 out. 2018.

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

²¹ MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional dos direitos da mulher. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, 2000, p. 155-170. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável”.²²

Assim, a violência sofrida pelas mulheres que continuava, a despeito das legislações nacionais e internacionais já promulgadas e ratificadas, levou a Organização dos Estados Americanos a convocar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, em 6 de junho de 1994, também conhecida como Convenção de Belém do Pará. Essa Convenção traz, em seu artigo primeiro, que se compreende como violência contra a mulher “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher tanto na esfera pública quanto privada”. Ainda, o mesmo diploma diz, no seu artigo segundo, que estas formas de violência podem acontecer “no âmbito da família ou na unidade doméstica, ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não da mesma residência com a mulher, incluindo, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual”.²³

Importante ressaltar que os tratados sobre proteção dos direitos humanos são apenas acionados quando o sistema nacional falhar, resultando em violação dos direitos. Nesse sentido, os direitos e o sistema de proteção destinam-se a qualquer pessoa, havendo cuidado especial à discriminação e proteção de pessoas vulneráveis, caso em que as mulheres são enquadradas, pois exigem uma proteção específica, visando combater às diversas violências que sofrem frequentemente.²⁴ Deste modo, parte-se, agora, para a análise da Lei nº 11.340. Nessa senda, apresenta-se o histórico de agressão sofrido por Maria da Penha, bem como a promulgação da norma e suas características.

4. LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes, filha de José da Penha Fernandes e Maria Lery Maia Fernandes, natural de Fortaleza, primogênita das cinco filhas do casal, prestou vestibular aos

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 140.

²³ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 1.973**, de 1º de agosto de 1996 que promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

²⁴ MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional dos direitos da mulher. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, 2000, p. 155-170. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

dezessete anos, sendo aprovada para a Faculdade de Farmácia, tornando-se, posteriormente, em virtude de uma reforma universitária, “a primeira turma de farmacêuticos-bioquímicos da Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade Federal do Ceará”. Sua escolha se deu, em virtude de “atender o meu desejo de ter conhecimento suficiente sobre medicamentos para que pudesse indicá-los, a fim de minorar a dor das pessoas”. Entre 1973 e 1977, migrou para a cidade de São Paulo, com a finalidade de cursar um mestrado, sendo que, na época, já estava separada há mais tempo de seu primeiro marido, cujo casamento lhe trouxe decepções, não mencionadas no decorrer de sua biografia. Tempos depois, obteve êxito em ser aprovada em concurso público, assumindo a função de farmacêutica-bioquímica do Banco de Sangue do Hospital do Servidor Público do Estado de São Paulo.²⁵

Nessa mudança, conheceu Marco Antonio Heredia Viveros, economista e professor universitário e casou-se novamente. Entretanto, após o casamento, o novo companheiro de Maria da Penha, iniciou várias cenas de grande ciúme e atitudes violentas. Com o passar dos anos, após o nascimento das filhas, Maria da Penha, já se tornara vítima das agressões verbais e psicológicas, entretanto, ignorava esses episódios no intuito de não desfazer o laço familiar construído.²⁶ Após vários atos de violência doméstica, Maria da Penha foi surpreendida em meio a seu sono por um barulho de tiro. Ao abrir os olhos e não enxergar nada, aliviou-se. No entanto, ao tentar mover-se na cama, sentiu fortes dores em suas costas, momento em que percebeu o sangue escorrendo. Enquanto rezava para que Deus não a deixasse morrer, Marco Antonio montava uma cena fictícia de tentativa de assalto em sua casa, rasgando sua roupa, para que os policiais tivessem a certeza de que realmente tinham sido vítimas de assalto.²⁷

Ao ser salva por seus vizinhos, Penha passou longos quatro meses no hospital, sendo submetida a várias cirurgias, mas com um diagnóstico já esperado por ela, (eis que era farmacêutica bioquímica): estava paraplégica e nunca mais conseguiria andar. Com o recebimento da notícia, ao retornar para casa, foi novamente submetida a uma tentativa de homicídio, planejada e executada por seu companheiro. Dessa vez, Marco tentou eletrocutá-

²⁵ FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi...Posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010, p. 19.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 284.

²⁷ GALINA, Décio. **Maria da Penha é uma sobrevivente**. São Paulo: Trip, 2009. Disponível em <http://revistatrip.uol.com.br/tpm/maria-da-penha>. Acesso em: 04 jun. 2018.

la embaixo do chuveiro. Com o insucesso da ação, Marco foi embora para o Rio Grande do Norte com uma amante.²⁸

Além disso, Maria da Penha, que já havia registrado a ocorrência do tiro, registrou o fato do chuveiro, mesmo desacreditando que a Justiça fizesse algo para ajudá-la. Em setembro de 1984, após o registro dessas ocorrências e as evidências encontradas, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Marco Antonio, mas somente oito anos após o oferecimento é que foi proferida a sentença condenatória. A condenação de quinze anos de reclusão foi diminuída para dez anos e seis meses, mas por ser réu primário, aguardou o julgamento dos recursos em liberdade, de forma que Marco cumpriu apenas dois anos de reclusão, mas nesse lapso de tempo, passaram-se vinte anos da ocorrência dos fatos.²⁹ Entretanto, embora os ataques sofridos tenham sido praticados por seu próprio companheiro, Maria da Penha não se calou e agiu para que ele fosse punido. Frente a isso, tomou coragem para registrar as ocorrências dos fatos, tornando-se a protagonista de um movimento feminista. Além disso, ela escreveu um livro e “uniu-se ao movimento de mulheres”.³⁰

Por ter havido um lapso de tempo tão grande entre a ocorrência de um fato e sua condenação, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pela falta de efetividade da penalização de crimes tão hediondos. Na mesma senda, foi a primeira vez que a Organização dos Estados Americanos (OEA) se posicionou acerca de uma denúncia criminal, oportunidade em que solicitou, por quatro vezes, informações ao Brasil sobre tais fatos, não logrando êxito em nenhuma delas. No entanto, no ano de 1995, o Brasil comprometeu-se a ratificar as convenções e tratados internacionais, a fim de coibir estes atos, criando mecanismos para penalizar a violência doméstica e familiar.³¹

Por tantos motivos, Maria da Penha foi um marco na história do Brasil e representou um momento adequado em meio à consolidação dos movimentos feministas no país. Ela foi uma das razões da existência da Lei nº 11.340/06 e tal conquista é considerada maior para todo o movimento que lutava e, ainda o faz, pelos direitos das mulheres. Assim, ela foi uma

²⁸ GALINA, Décio. **Maria da Penha é uma sobrevivente**. São Paulo: Trip, 2009. Disponível em <http://revistatrip.uol.com.br/tpm/maria-da-penha>. Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 284.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. 2013, p. 15.

³¹ CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-63.

vítima de inúmeras violências, mas conseguiu reagir e provocar a Justiça para as mulheres, para que seus direitos fossem resguardados e aquele que violasse, fosse criminalizado, do modo que ocorre atualmente.³²

Foi a partir de sua história que houve a criação da Lei nº 11.340/06, com surgimento após a condenação do país por negligência, visando combater a violência doméstica e familiar no Brasil, tornando-se um marco histórico e um dos primeiros incentivadores a punir autores destes crimes. Deve ser enfatizado que as conhecidas “briguinhas de casais” tornaram-se um dos principais fatores causadores de agressões, restando demonstrado que a máxima de que, “em briga de marido e mulher ninguém deve meter a colher”, é coisa do passado. Nessas brigas, discussões e desentendimentos, a mulher era oprimida e, por vezes, se considerava a culpada desses abusos, pois, culturalmente, os homens mantinham poder sobre ela.³³

Pelo fato dos crimes cometidos contra a mulher serem tratados de forma igualitária e serem abarcados pelos Juizados Especiais Criminais, são aplicadas as previsões dos dispositivos previstos na Lei nº 9.099/95. A Lei Maria da Penha foi criada com o propósito de afastar a violência doméstica e familiar dos casos considerados com menor potencial ofensivo, de maneira que se debate esse fator no seu artigo 7º, passando a ser denegada a aplicação de dois benefícios que seriam a transação penal e a suspensão condicional do processo, conforme o dispositivo abaixo:

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.³⁴

Dessa forma, além do afastamento dos “benefícios” trazidos pelos Juizados Especiais Criminais, a Lei nº 11.340/06 elenca vários mecanismos voltados para a prevenção das

³² CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensão atual entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-169.

³³ BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira César. O direito das mulheres são direitos humanos. In: BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira César (Org.) **Violência contra as mulheres: uma história contada em décadas de luta**. Brasília: CFEMEA, 2010, p. 31-33.

³⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 22 de setembro de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

violências contra as mulheres. Dentre estes mecanismos, encontram-se as medidas protetivas, o atendimento diferenciado dos agentes policiais no registro das ocorrências, delegacias especializadas, possibilidade de prisão em flagrante e em qualquer momento durante o processo, além de destacar no artigo 16 que a vítima só poderá se retratar da representação oferecida na fase policial em audiência designada com o intuito de saber se há ou não desejo na representação, sendo necessária a presença do Juiz e do Promotor de Justiça. Caso não haja mais o interesse, isso deverá acontecer antes do recebimento da denúncia.³⁵

5. FEMINICÍDIO: SUA PERSPECTIVA NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS

No que tange à Lei nº 11.340/06, vale ressaltar que foi criada após Maria da Penha ser vítima de duas tentativas de homicídio por seu companheiro, conforme comentado anteriormente e o Brasil ter sido condenado pela inefetividade no caso, considerado absolutamente tolerante à violência praticada. Com isso, foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), juntamente com as entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) uma petição para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, a qual resultou da referida lei.³⁶

Após esse marco histórico, visando criar mais mecanismos capazes de coibir atitudes agressivas no âmbito familiar, foi criada a Lei nº 13.104/2015 para tornar o feminicídio como crime hediondo e, com isto, procurar inibir a prática deste tipo de violência contra a mulher, um dos principais causadores de homicídios no Brasil. Sejam crimes cometidos pela fantasia de hierarquia entre homem e mulher, seja pelo desprezo do sexo oposto, seja pelo preconceito de gênero, pelas relações abusivas e os desgastes conjugais, a tipificação do crime de feminicídio foi criado para que esses delitos sejam punidos de forma mais severa,

³⁵ ROCHA, Luis Fernando. A violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”: alguns apontamentos. **Revista de Psicologia da UNESP**, v. 8, n. 1, p. 104, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/0151572/Desktop/957-13-3007-1-10-20180310.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁶ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensão atual entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-105.

afim de que o número de homicídios cometidos em virtude de definição de gênero seja diminuído de tal forma a desestimular que mais pessoas cometam delitos dessa natureza.³⁷

Femicídio, assim, é o nome criado pela Lei nº 13.104, promulgada em 09 de março de 2015; porque, no ano de 2014, o termo femicídio entrou fortemente nas pautas dos movimentos sociais, novamente, transformando-se em Projeto de Lei, sendo sancionado em 2015, pela, então, Presidente Dilma Rousseff, como uma Lei que altera o Código Penal, tipificando esta espécie criminal, incluído no rol dos crimes hediondos, aplicando ao homicídio uma qualificadora nos crimes que são praticados contra uma mulher, em detrimento de menosprezo e discriminação por seu sexo feminino.³⁸

A seu turno, o termo *feminicide* foi utilizado pela primeira vez no ano de 1976, em Bruxelas, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres. Posteriormente, foi usado por Diana Russell e Jill Radford, em seu livro “The Politics of Woman Killing”, surgindo o termo femicídio como uma forma de intitular homicídios de mulheres pautados em questões de gênero. Assim, para conceituar femicídio, é preciso discerni-lo de um assassinato de mulher, pois se evidencia que, na maioria das vezes, ocorre em virtude do gênero e pelas mãos de homens, que agem de tal forma quando se sentem inferiores ou acham que estão perdendo o “controle sobre ela”. Inúmeros são os casos de femicídio no Brasil.³⁹

Luciana Maibashi Gebrim e Paulo Cesar Correa Borges entendem que:

O *femicídio/feminicídio* representa uma violência extrema contra a mulher pelo fato tão somente de ser mulher e ataca o principal bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a vida; porém, apresenta caráter sistemático, decorrente de relações de poder, de discriminação e de opressão baseadas no patriarcado, que transformam a mulher em um ser inominado, sem vontade própria, incapaz de reverter a situação na qual se encontra.⁴⁰

³⁷ MELLO, Adriana Ramos. **Femicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 189.

³⁸ HOFFMANN, Amanda Martins, PAVEI, Fernando. A Tipificação do crime de femicídio sob a ótica do princípio constitucional da igualdade de gêneros. **Constituição e Justiça: Estudos e reflexões**, v. 1, n. 1, p. 2-5, 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/117-210-1-sm_1.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018.

³⁹ CRUZ, Aline Ribeiro da. Femicídio: necessidade ou populismo penal?. **Revista Bibliomar: informação a serviço da ciência**, v. 14, n. 2, p. 35-49, jul./dez. 2015. Disponível em: <[://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bibliomar/article/view/4937/3036](http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bibliomar/article/view/4937/3036)>. Acesso em: 21 maio 2018.

⁴⁰ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio?. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014.

Houve, também, alteração na Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, tendo em vista a promulgação da Lei do Femicídio, prevista no inciso VI do parágrafo 2.º, do artigo 121, do Código Penal. Deste modo, devem ser considerados como crimes hediondos, todos tipificados no Código Penal, consumados ou tentados, tal como o homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e o homicídio for qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV, V e VI).⁴¹

Nesse contexto, o Brasil consta como o quinto país que mais mata mulheres no mundo. Isso significa que a cada duas horas uma mulher é assassinada. Esses dados equivalem apenas para homicídios, sendo que a maior parte deles inicia-se com agressões, sendo elas verbais, psíquicas, em algumas vezes sexuais, para posteriormente, serem físicas e, no momento em que não há mais a superioridade do homem quanto à mulher, resultar em homicídio. Possessão, ódio, ilusão de hierarquia, são alguns dos principais sentimentos que iniciam as humilhações e agressões.⁴²

Ainda sobre o tema, uma recente sentença de Primeiro Grau, pronunciou o acusado como incurso nas sanções dos artigos 121, parágrafo 2º, inc. I, III, IV e VI, combinado com o parágrafo 2º - A, inciso I do Código Penal, com incidência da Lei nº 8.072/90. O processo tramita na comarca de Eldorado do Sul, pelo número 165/2.17.0000908-8, sendo realizada uma publicação do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a respeito, evidenciando a notória importância da qualificadora na atualidade.⁴³

O tema ora proposto, também é objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça. Exemplo disso é o Recurso Especial de nº 1.739.704, o qual apresenta a mesma posição de grande parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que o feminicídio trata-se de qualificadora de natureza objetiva, incidindo sempre quem estiver atrelado à violência doméstica e familiar; e o motivo torpe como sendo de natureza subjetiva, estando atrelado às razões/motivos que levaram o indivíduo a praticar tal delito. É, portanto, possível

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto lei Nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁴² ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. **Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal**. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.femicidio.net/articulo/tipos-de-femicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Autor de feminicídio é condenado a mais de 20 anos em Eldorado do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=446384>>. Acesso em: 18 out. 2018.

a aplicação concomitantemente das duas qualificadoras sem a caracterização de *bis in idem*.⁴⁴

Resta claro que, diante do estudo realizado e das análises dos julgados, que a questão de gênero e vulnerabilidade demonstram dependentes da aplicação da Lei nº 13.104/15, sendo que a natureza da qualificadora do feminicídio é objetiva, podendo ser aplicada concomitantemente com a qualificadora do motivo torpe. O presente tema, portanto, deverá ser debatido e abordado inúmeras vezes, servindo de base para novos estudos até que se esgotem as reflexões que merecem serem realizadas, bem como o entendimento sobre sua natureza seja pacificado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração da presente pesquisa visou demonstrar a importância do Direito frente às transformações sociais, bem como a evolução nos direitos humanos das mulheres. Deste modo, importante, também, a tipificação de leis com o intuito de inibir a morte de mulheres em razão da discriminação de gênero, sendo abordada a historicidade e conceitos de temas, tais como a violência de gênero, diversidade sexual, formas de violência, assim como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio.

Percebeu-se que a criação de uma legislação específica para tratar a morte de mulheres em razão da discriminação de gênero foi fundamental para o enfrentamento da desigualdade da condição social e histórica da mulher na sociedade, bem como foi fruto do surgimento e desenvolvimento dos movimentos sociais feministas, que iniciaram a luta pela igualdade de direitos. Por esta razão, a promulgação da Lei do Feminicídio se fez tão importante para apresentar possibilidades de busca pelo saneamento dessa mazela social, que é a violência praticada contra as mulheres, por sua simples condição de ser mulher. Cumpre salientar que a aplicabilidade da Lei é recente e, em virtude dos poucos dados existentes, sua pacificação jurisprudencial ainda não está consolidada.

No que se refere à diversidade sexual, apontou-se que a problemática em virtude de gênero é algo histórico e que a violência passou a ser aceita em virtude de uma suposta

⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 1.739.704**. Relator Ministro Jorge Mussi. Data do julgamento: 26 set. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86738581&num_registro=201801082368&data=20180926&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 dez. 2018.

superioridade masculina. Ainda foram mencionadas as formas de violências praticadas contra as mulheres, restringindo-se a três formas, mas apontando que, todas elas, estão amparadas na Lei nº 11.340/2006. Ademais, após a promulgação da Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada, em 2015, a Lei nº 13.104, que traz a qualificadora do feminicídio, incluindo no rol de crimes hediondos as violências praticadas contra mulheres em virtude da discriminação de gênero.

Por fim, através da análise de julgados, foi possível verificar que a aplicação da referida Lei apresenta grande divergência nas Câmaras e Grupos Criminais do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, considerando os diversos entendimentos quanto à natureza da qualificadora e sua possível aplicação concomitantemente com a qualificadora do motivo torpe.

Em suma, a mera inserção do Feminicídio no Código Penal como crime hediondo não é o suficiente para tratar a complexidade do tema, tendo em vista que a norma fora criada em 2015 e apenas no corrente ano é possível notar sua efetiva aplicação. Faz-se necessário, ainda, uma pacificação quanto à aplicação da qualificadora concomitantemente com a qualificadora do motivo torpe, tendo em vista que há diversos entendimentos jurisprudenciais acerca do tema.

Entretanto, tanto a Lei Maria da Penha, quanto a Lei do Feminicídio, ou qualificadora penal, não tiveram, nem têm o poder de modificar as tensas relações sociais e históricas que vem causando, sistematicamente, a violência sofrida pelas mulheres. Porém, se constituem do marco regulatório fundamental, sem o qual não se teriam os mecanismos necessários ao enfrentamento do problema. Por outro lado, espera-se que a efetividade da aplicação de seus dispositivos venha a ser, logo, consolidada pelos julgadores e Tribunais, como forma de, se não eliminar de todo, pelo menos minimizar a referida violência.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Isis de Angellis Sanches; FERREIRA, Gustavo Assed. A problemática da responsabilidade internacional dos Estados por violação de Direitos Humanos no sistema interamericano. **Ius Gentium**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 46-82, jan/jun. 2017. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/319/255>>. Acesso em: 20 out. 2018.

ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. **Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal**. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.feminicidio.net/articulo/tipos-de-feminicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BARSTED, Mariana; ROMANI, Andrea. Uma vida sem violência é um direito nosso. In: BARSTED, Mariana; ROMANI, Andrea. **Violência contra a mulher: Um guia de defesa, orientação e apoio**. 3. ed. Rio de Janeiro: CEPIA, 2000, p. 7-9. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/12/CEPIA_GuiaViolenciaMulherRJ2014.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto lei N° 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 1.973**, de 1º de agosto de 1996 que promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 22 de setembro de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira César. O direito das mulheres são direitos humanos. In: BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira César (Org.) **Violência contra as mulheres: uma história contada em décadas de luta**. Brasília: CFEMEA, 2010.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensão atual entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.

CRUZ, Aline Ribeiro da. Femicídio: necessidade ou populismo penal? **Revista Bibliomar: informação a serviço da ciência**, v. 14, n. 2, p. 35-49, jul. /dez. 2015. Disponível em: <://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bibliomar/article/view/4937/3036>. Acesso em: 21 maio 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. 2013.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi.... Posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

GALINA, Décio. **Maria da Penha é uma sobrevivente**. São Paulo: Trip, 2009. Disponível em [http: <https://revistatrip.uol.com.br/tpm/maria-da-penha>](http://revistatrip.uol.com.br/tpm/maria-da-penha). Acesso em: 04 jun. 2018.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio? **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014.

HOFFMANN, Amanda Martins, PAVEI, Fernando. A Tipificação do crime de feminicídio sob a ótica do princípio constitucional da igualdade de gêneros. **Constituição e Justiça: Estudos e reflexões**, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/117-210-1-sm_1.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha Comentada**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

MELLO, Adriana Ramos. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional dos direitos da mulher. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, 2000, p. 155-170. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Autor de feminicídio é condenado a mais de 20 anos em Eldorado do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=446384>>. Acesso em: 18 out. 2018.

ROCHA, Luis Fernando. A violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”: alguns apontamentos. **Revista de Psicologia da UNESP**, v. 8, n. 1, 2009. Disponível em: <<file:///C:/Users/0151572/Desktop/957-13-3007-1-10-20180310.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. **Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe**, vol. 16, n.1, 2005. p. 147 – 164. Disponível em: <<http://eial.tau.ac.il/index.php/eial/article%20/view/482>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berguer Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface: Saúde, Educação, Comunicação**. Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 1.739.704**. Relator Ministro Jorge Mussi. Data do julgamento: 26 set. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86738581&num_registro=201801082368&data=20180926&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 dez. 2018.

TOLEDO, Luciano Medeiros de; SABROZA, Paulo Chagastelles. Violência: orientações para profissionais da atenção básica de saúde. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2013. p. 09. Disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_469588428.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

A REFORMA TRABALHISTA E O SURGIMENTO DE UMA NOVA MODALIDADE DE CONTRATO DE TRABALHO: O CONTRATO DE TELETRABALHO E SEUS DESAFIOS PARA UTILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Claudia Portes Weber Da Silva¹

RESUMO: A reforma trabalhista com o objetivo de modernizar as relações de trabalho criou uma modalidade de contrato de trabalho, o teletrabalho, o qual merece ser estudado, devido ao impacto que sua utilização gera nas relações laborais. Com o objetivo de fomentar a criação de novos empregos, este instituto surge com um paradoxo, ao mesmo tempo em que gera estatística reduzindo o número de desempregados ele também não garante as condições mínimas de trabalho dos empregados regidos por esta modalidade contratual. Em consequência surgem diversos desafios para sua aplicação nas relações trabalhistas, tal como a possibilidade de os custos e riscos ocorrerem por conta do empregado, a falta de uma jornada máxima. Além do que, este instituto reflete seus efeitos para outras áreas do Direito, tal como o Direito Previdenciário. O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar o contrato de teletrabalho de modo a diferenciá-lo das demais modalidades de contratos de trabalho, bem como, apontar os desafios de sua implementação e execução nas relações laborais, de modo a garantir uma melhor segurança jurídica a empregado e empregador.

Palavras chaves: Teletrabalho, Contrato de trabalho; Contrato de teletrabalho; Reforma Trabalhista.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco principal analisar o teletrabalho nas relações de emprego, visando discutir como vem sendo executada esta modalidade de contrato de trabalho e seus desdobramentos, bem como a forma de sua aplicação e os seus benefícios ao trabalhador e ao empregador.

A análise do teletrabalho no contexto jurídico é a base da pesquisa e é importante no contexto de pesquisa porque novas formas de prestação de serviços estão surgindo, bem como o ordenamento jurídico vem tentando se atualizar, para contemplar as novas modalidades de contrato de trabalho, através da implementação da Lei nº 13.467 de 2017

¹Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá, graduada pelo Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 109.431, e-mail: claudiawps@hotmail.com.

denominada de “Lei da Reforma Trabalhista” que trouxe a regularização do contrato de teletrabalho.

Também é do interesse deste trabalho como objetivo específico analisar as mudanças econômico-jurídicas geradas após a reforma trabalhista e os efeitos decorrentes do contrato de teletrabalho nas relações trabalhistas, visto que quem suporta os custos, as perdas e os prejuízos, na maioria das vezes, é o próprio empregado², o que não retira da relação a dependência e nem a subordinação, por se tratar de trabalho deslocalizado. Ademais, buscase identificar alguns critérios objetivos de sua aplicação nos contratos de emprego e elencar os desafios para a aplicação prática desta nova modalidade contratual.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO E DO CONTRATO DE TRABALHO

O conceito de Direito de Trabalho segundo Rodrigues Pinto é o: “conjunto de princípios e normas jurídicas destinado a disciplinar as relações entre empregadores e empregados, nos planos de interesse individual e coletivo, e entre estes e o Estado, no plano do controle da observância de seu conteúdo de ordem pública”

A partir deste conceito podemos verificar, que a maior característica do direito do trabalho é a proteção ao trabalhador, norteado pelos princípios que garantem condições mínimas de trabalho.

2.1 Princípios do direito do trabalho

Os Princípios, no meio jurídico, servem como baliza orientadora na interpretação da norma positivada, bem como fundamento para o legislador na elaboração da lei, fazendo com que as normas sejam integradas entre si, atuando também como forma de suprir lacunas e casos omissos da lei. Exercem assim, uma tríplice função: informativa, interpretativa e normativa³.

²A Resolução CSJT Nº 151/2015, em seu art. 12, prevê que “O servidor responsabilizar-se-á por providenciar as estruturas física e tecnológica necessárias à realização do teletrabalho”. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/63630/2015_res0151_csjt_compilado.pdf?sequenc e=3&isAllowed=y. Acesso em 10/7/2019.

³ SARAIVA, Renato e Tonassi Souto, Rafael. Direito do trabalho: concursos públicos, 20 ed., Salvador, Bahia: JusPodivm, 2018, p. 29.

O art. 8º da CLT contempla estas duas últimas funções, seja pela função de interpretação da norma ou pela integração, lacuna, sobre determinado tema do direito do trabalho, vejamos:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Por certo que os princípios do Direito do Trabalho foram pensados para uma realidade produtiva que proporcionou uma certa uniformidade das relações de trabalho. A realidade industrial moderna, em que se tinha como relação ordinária a prestação de serviços dos obreiros em determinado lugar, geralmente fixo e a um específico tomador de serviços, com salários e jornadas estabelecidas em decorrência desta certa conjunção de fatores relativamente uniformes na execução das tarefas pelos trabalhadores e pela administração das atividades produtivas pelos donos do negócio.⁴

Dentre a diversidade de princípios que incidem nas relações trabalhistas, a lista de princípios de Américo Plá Rodriguez se destaca em razão de sua ampla aceitação no meio jurídico trabalhista.

Princípios clássicos do Direito Material do Trabalho em Espécie:

a) Princípio da Proteção

Sem dúvidas é o princípio dos princípios, por representar a essência do direito do trabalho, apesar de não existir hierarquia entre os princípios.

Este princípio objetiva equilibrar a relação de trabalho, oferecendo mecanismos para garantir os direitos mínimos ao trabalhador hipossuficiente frente ao empregador.

O princípio da proteção se desdobra em outros três: princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica e o princípio do *in dubio pro operário*.

a.1) Princípio da norma mais favorável

Utilização da norma mais favorável ao trabalhador. Assim, estabelecido um novo regulamento de empresa mais vantajoso que o disposto no regulamento antigo e no ordenamento jurídico, surgem três teorias para a identificação da norma mais favorável:

⁴TEIXEIRA, Sérgio Torres BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009

teoria da acumulação, teoria do conglobamento e teoria do conglobamento mitigado (por instituto ou orgânico).

A corrente minoritária, defende a teoria da acumulação, prevê a aplicação de dois instrumentos jurídicos (Acordo Coletivo e Convenção Coletiva), utilizando de cada norma as cláusulas mais favoráveis ao trabalhador.

Prevaleceu em nossa doutrina, a corrente da teoria do conglobamento, que aplica o instituto jurídico que, no conjunto de normas, for mais favorável ao trabalhador, sem fragmentar, desmembrar os instrumentos jurídicos.

Há uma terceira teoria intermediária defendida por parte da doutrina, chamada teoria do conglobamento mitigado, que a busca pela norma mais favorável, se dá por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria, respeitando-se o critério da especialização.

O legislador optou pela teoria do conglobamento mitigado, ao mencionar na Lei 7.064/1982, que dispõe sobre a situação de trabalhadores brasileiros contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, em seu art. 3º, II, transcrito *in verbis*, que:

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

a.2) Princípio da Condição Mais Benéfica

Renato Saraiva e Rafael Tonassi conceituam o princípio da Condição Mais Benéfica como aquele que estabelece que as condições mais benéficas, vantajosas, determinadas no contrato de trabalho ou no regulamento da empresa prevalecerão, independentemente de nova norma dispor sobre a mesma matéria, estabelecendo nível protetivo menor⁵.

É a inalterabilidade contratual *in pejus*. Como exemplos de aplicação temos as situações contidas nas Súmulas 51, I, e 288, I, ambas do TST e na Orientação Jurisprudencial 325 da SDI-1 também do TST.

Súmula nº 51 do TST - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

⁵SARAIVA, Renato e Tonassi Souto, Rafael. Direito do trabalho: concursos públicos, 20 ed., Salvador, Bahia: JusPodivm, 2018, p. 31.

Súmula nº 288 do TST - COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA. I - A complementação dos proventos de aposentadoria, instituída, regulamentada e paga diretamente pelo empregador, sem vínculo com as entidades de previdência privada fechada, é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, ressalvadas as alterações que forem mais benéficas (art. 468 da CLT).

OJ 325. AUMENTO SALARIAL CONCEDIDO PELA EMPRESA. COMPENSAÇÃO NO ANO SEGUINTE EM ANTECIPAÇÃO SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE. O aumento real, concedido pela empresa a todos os seus empregados, somente pode ser reduzido mediante a participação efetiva do sindicato profissional no ajuste, nos termos do art. 7º, VI, da CF/88.

a.3) Princípio In Dubio pro Operário

O operador de direito deve optar, quando houver duas ou mais interpretações possíveis, pela mais favorável ao empregado.

Importa ressaltar que, no direito processual, não se aplica o princípio *in dubio pro operário*, pois o campo probatório, impõe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e, ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito, conforme disposto nos artigos 818 da CLT e art. 373, do CPC.

Podemos analisar como exemplo de aplicabilidade a natureza jurídica da parcela decorrente da supressão do intervalo intrajornada (Súmula 437, III) – observação: superação do entendimento com a Reforma Trabalhista:

Súmula nº 437 do TST, III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

b) Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos

Conhecido também como princípio da indisponibilidade de direitos, faz com que os direitos dos trabalhadores se tornem irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis, protegendo o trabalhador hipossuficiente, frente ao empregador que tende a coagir o empregado a dispor de seus direitos conquistados.

Tal princípio encontra-se positivado no ordenamento jurídico, em seu art. 9º da CLT, transcrito *in verbis*:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Como exemplo de aplicação podemos mencionar o artigo 423 do Código Civil, transcrito, *in verbis*, a seguir:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

c) Princípio da Primazia da Realidade:

Assim como no princípio da irrenunciabilidade de direitos, o princípio da primazia da realidade é utilizado para impedir fraudes ou desvirtuamentos praticados pelo empregador, na tentativa de mascarar o vínculo de emprego existente entre empregado e empregador, ou até mesmo diminuir os direitos trabalhistas do obreiro. Portanto, fica demonstrada a relevância do art. 9º da CLT para a concretização dos direitos trabalhistas.

Em função disso, no princípio da primazia da realidade, a realidade predomina sobre a forma, pois a verdade real sempre prevalecerá sobre a verdade formal.

d) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

A regra é de que todos os contratos de trabalho sejam estabelecidos por prazo indeterminado, onde o trabalhador prestará seus serviços em um determinado local, normalmente fixo, jornadas e salários estabelecidos, integrando a empresa permanentemente, sendo exceção estabelecer contrato por prazo determinado ou a termo.

Por outro lado, com a globalização, a população classe média a baixa possuindo mais acesso ao conhecimento e a educação, o mercado econômico exigindo cada vez mais das empresas e estas dos seus trabalhadores, novas formas de contratos de vínculo empregatício foram surgindo e este princípio encontra-se enfraquecido consideravelmente⁶, pois o legislador positivou novas formas de contratos que justamente não possuem a continuidade da relação de emprego como o caso do contrato do trabalhador autônomo, eventual e intermitente, estes últimos onde o trabalhador presta o serviço por um tempo estabelecido entre as partes e depois passa um tempo sem laborar.

Cabe ressaltar, que há no campo probatório presunções favoráveis aos trabalhadores:

Súmula nº 212 do TST - DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço

⁶A Constituição Federal de 1984 ao estabelecer o Fundo de Garantia ao Trabalhador (FGTS) como regime obrigatório, bem como determinar em seu artigo 7º a indenização compensatória para os casos de dispensa imotivada ou arbitrária do trabalhador, enfraqueceu o princípio da continuidade da relação de emprego. Por outro lado, estabeleceu o aviso prévio para os casos de dispensa sem justa causa, a estabilidade da gestante, do dirigente sindical e o integrante da CIPA, que valorizam tal princípio.

e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

A presunção (relativa) é de que os contratos tenham sido pactuados por prazo indeterminado, cabendo ao empregador provar o contrário.

2.2. Relação de trabalho e relação de emprego

Sérgio Pinto Martins⁷ conceitua que, *in verbis*:

Contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia envolver qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria gênero e o contrato de emprego, a espécie.

Relação de trabalho é algo amplo, enquanto relação de emprego é uma espécie da relação de trabalho.

Portanto, relação de trabalho é todo e qualquer vínculo jurídico, onde uma pessoa executa obra ou serviço para outra, mediante uma contraprestação.

Por outro lado, a relação de emprego possui requisitos caracterizadores, como por exemplo, o serviço somente pode ser prestado por pessoa física, caso seja pessoa jurídica será uma relação de trabalho, mas não será uma relação de emprego por estar descaracterizada.

Os requisitos da relação de emprego, à luz das inovações tecnológicas são:

- Trabalho por pessoa física ou natural;
- Pessoaalidade (executado pelo próprio trabalhador contratado);
- Subordinação (recebimento de ordens pessoais do dador de trabalho, submissão ao poder disciplinar empresarial, cumprimento de metas e horários de trabalho definidos etc.);
- Não eventualidade (trabalho que perdura e se prolonga no tempo) - Princípio da Continuidade da Relação de Emprego;
- Onerosidade (uma contraprestação, em regra pecuniária, pelos serviços prestados).

⁷MARTINS, Sérgio. Direito do trabalho, 17 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.94.

Importa ressaltar que se fala em parassubordinação, uma subordinação mitigada, própria de empregados altamente qualificados ou controlados à distância ou, ainda, das figuras contratuais que residem na zona fronteira entre o trabalho autônomo e a relação de emprego como, por exemplo, o representante comercial e o vendedor praticista.

Diante disto, urge ao operador do direito do trabalho, além de fazer a releitura dos cinco requisitos legais, trazer um novo ingrediente para averiguar a existência da relação empregatícia. Trata-se do requisito da alteridade, ou seja, a relação de emprego deve se caracterizar pelo trabalho prestado por conta alheia. Alonso Olea enaltece a alteridade chegando a dizer que “o trabalho objeto do Direito do Trabalho é o trabalho humano produtivo, por conta alheia e livre”⁸.

2.2.1. *Sujeitos da relação de emprego*

Os sujeitos da relação de emprego são o empregado e o empregador.

A Consolidação das Leis Trabalhistas traz o conceito de empregado em seu artigo 3º, transcrito, *in verbis*:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Já o artigo 2º da CLT traz o conceito de empregador, vejamos a seguir:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Ainda, o parágrafo 1º do mesmo artigo diz que:

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Cumpramos ressaltar, que embora o legislador tenha utilizado esta linguagem jurídica, a maioria da doutrina conceitua o empregador como a pessoa física ou jurídica que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁸OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao direito do trabalho. Tradução de C. A. Barata Silva, 4a . ed., São Paulo: LTr, 1984, p. 16.

3. DO CONTRATO DE TRABALHO

3.1. Conceito do contrato de trabalho

A Consolidação das Leis Trabalhistas traz o conceito de contrato individual do trabalho em seu artigo 442º, transcrito, *in verbis*:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Importa ressaltar que, embora o legislador tenha utilizado a expressão contrato de trabalho (art. 442), o correto seria utilizar da expressão contrato de emprego, pois é um pacto, que pode ser tácito ou expresso, no qual o empregado, uma pessoa física ou natural, compromete-se, mediante o pagamento de uma contraprestação salarial, a prestar trabalho não eventual e subordinado em proveito de outrem, denominado empregador, que pode ser uma pessoa física ou jurídica.

3.2. Características do contrato de trabalho

Renato Saraiva e Rafael Tonassi⁹ destacam as seguintes características do contrato de trabalho:

- De Direito Privado: é um acordo de vontades, onde as partes são livres para determinar as cláusulas do contrato, desde que respeitada as normas de proteção mínima do trabalhador, positivadas na Constituição Federal e na Consolidação das Leis Trabalhistas;
- Informal: a regra é a informalidade nos contratos de trabalho, tendo em vista que podem ser celebrados de forma verbal ou tácita, conforme disposto no art. 443 da CLT;
- Bilateral: gera direitos e obrigações para ambas as partes, empregado e empregador;
- *Intuitu personae* em relação ao empregado: o serviço tem que ser prestado pelo empregado pessoalmente;
- Comutativo: deve existir uma equivalência, proporcionalidade entre o serviço prestado e a contraprestação paga ao empregado;
- Sinalagmático: as partes se obrigam a prestações recíprocas e antagônicas;

⁹SARAIVA, Renato; TONASSI SOUTO, Rafael. Direito do trabalho: concursos públicos, 20 ed., Salvador, Bahia: JusPodivm, 2018, p. 91/92.

- Consensual: nasce da vontade das partes, no seu livre consentimento;
- De trato sucessivo ou de débito permanentemente: a relação mantida entre empregado e empregador é contínua, duradoura, os direitos e obrigações se renovam a cada período;
- Oneroso: deve ser paga uma contraprestação ao empregado pela prestação do serviço. Não há relação de emprego quando o serviço é prestado a título gratuito.

3.3. Modalidades de contrato de trabalho

As modalidades de contrato de trabalho podem ser classificadas de acordo com o disposto no art. 443 da CLT, vejamos:

I - Quanto à manifestação de vontade das partes

- Tácito: não há, explicitamente, de forma expressa a vontade de contratar, as partes apenas demonstram o ânimo de celebrar o contrato de trabalho. A prestação contínua de serviços pelo empregado, sem a oposição do empregador, sem que o contrato e as respectivas cláusulas tenham expressamente sido acordadas, quer seja de forma verbal ou escrita;
- Expresso: há manifestação da vontade das partes de forma explícita, clara e precisa, onde as cláusulas e condições do serviço foram previamente acordadas, podendo ser escrito ou verbal.

II – Quanto ao número de prestadores de serviços

- Individual: nos contratos individuais de trabalho, que tradicionalmente são regra, o polo ativo da relação contratual é formado por apenas um único empregado;
- Plúrimos¹⁰: nos contratos plúrimos o polo ativo é composto por dois ou mais empregados.

III – Quanto à forma

- Verbal: o contrato verbal é informal;

¹⁰Importa ressaltar, que parte da doutrina diferencia contratos plúrimos de contrato de equipe. Posto que, defendem que nos contratos de equipe há uma unidade de interesse que liga estes empregados, unindo-os em uma relação jurídica própria, como exemplo disto temos uma orquestra.

- Escrito¹¹: o contrato escrito é formal e documentado. A simples assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS)¹² já caracteriza esta forma.

IV – Quanto ao prazo

- Determinado: também denominados de contrato a termo, os contratos por prazo determinado são admitidos em casos excepcionais e expressos pela lei;
- Indeterminado: os contratos por prazo indeterminado são a regra, decorrente do princípio da continuidade da relação de emprego.
- Intermitente: o §3º do art. 443, define como contrato de trabalho intermitente aquele onde a prestação de serviço, com subordinação, não é contínua, há descontinuidade do trabalho. Esta modalidade de contrato possui diversos requisitos caracterizadores, como a obrigatoriedade de ser escrito e conter de forma especificada o valor da hora de trabalho.

4. O CONTRATO DE TELETRABALHO

No Brasil, o tema tarda a chegar, quer no plano teórico, quer no plano prático. Para fins jurídicos, tanto mais. Como já destacado, o trabalho telemático foi admitido pela legislação brasileira apenas em 2011 e o teletrabalho somente foi formalmente reconhecido e regrado na Reforma Trabalhista, em 2017.

Por outro lado, um estudo de levantamento de dados de pesquisas realizadas em 2009 pela Organização Não Governamental (ONG) Market Analysis, com 345 trabalhadores em nove capitais, demonstrou que já havia 10,6 milhões de teletrabalhadores naquele ano no Brasil – em 2001 eram apenas 500 mil. (NASCIMENTO, 2011, p. 1013).

4.1. Conceito

O prefixo grego ‘tele’ significa a distância. Teletrabalho é, portanto, qualquer forma de trabalho realizado à distância da empresa ou de uma de suas unidades de produção.

¹¹O legislador exige que alguns contratos de trabalho necessariamente sejam escritos, vejamos: menor aprendiz (art. 428 da CLT), atleta profissional de futebol (art. 29, da Lei 9.615/1998), contrato de trabalho temporário (art. 11, da Lei 6.019/1974), etc.

¹²Art. 29 - A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT conceitua-o assim: “o teletrabalho é a forma de trabalho realizada a partir de um lugar distante da empresa e/ou estabelecimento, que permite a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação de trabalho e o local onde funciona a empresa, mediante recurso de tecnologias que facilitam a informação e a comunicação” (telemática)

Importa esclarecer, que a expressão telemática surge da combinação da telecomunicação com a informática. Assim, são exemplos: a internet, a intranet, a webcam, o celular, o Skype, o WhatsApp, a teleconferência, dentre outros. São, pois, todos os serviços de transmissão de informação à distância - texto, imagem e som - que se utilizam da telecomunicação (telefonia, fax, fibras óticas, satélite) e da Informática (PCs, softwares, redes). Logo, chega a ser pleonasma dizer: “meios telemáticos e informatizados”.

Por outro lado, o teletrabalho, não pode ser singelamente equiparado ao trabalho a distância e tampouco, como se verá, ser igualado a trabalho em domicílio (home office), constituindo-se, portanto, em figura sui generis.

Nele o legislador conjugou elementos, requisitos específicos e formalidades intrínsecas à contratação, que o fazem contrato especial. Assim, permite-se identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho, conforme disposto na parte final de seu dispositivo legal.

Barros¹³, neste sentido, aponta para ausência de limites do teletrabalho, que ultrapassa fronteiras territoriais tradicionais:

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.

Diante do exposto, podemos verificar as características do teletrabalho: realizado à distância, fragmentado, remunerado por resultado útil, digitalizado e monitorado pelo uso da telemática.

¹³BARROS, A.M. de. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 213.

4.2. Requisitos

Como já vimos o vínculo empregatício se manifesta quando presentes na relação entre o empregador e o empregado os requisitos do art. 3º da CLT¹⁴. No trabalho em domicílio e no teletrabalho são exigidos os mesmos requisitos do art. 3º, conforme prevê o art. 6º¹⁵, também da CLT, no entanto se apresentam de forma diferente, como tipo especial de contrato de trabalho e impondo, para sua validade, a forma escrita. Tradicionalmente, entende-se que a relação é de emprego quando o trabalho é pessoal, não eventual, subordinado e mediante um pagamento. No teletrabalho, embora o art. 6º da CLT contemple apenas uma particularidade, segundo a qual a subordinação jurídica deverá revelar-se por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão, outras especificidades, no entanto, foram ignoradas pelo legislador, que por razões políticas, optou em deixar para o judiciário trabalhista, em cada caso concreto, aferir a natureza jurídica da relação de teletrabalho, o que ensejará uma enormidade de conflitos trabalhistas.

Importa ressaltar que, os Tribunais espanhóis têm entendido que o teletrabalho está submetido às normas do direito do trabalho quando estão presentes na prestação indícios de laboralidade, como a aplicação de penalidades pelo atraso ou conclusão do trabalho, fixação de zonas geográficas específicas de trabalho, exclusividade na prestação e continuidade dos serviços, conexão on-line com a empresa, participação em cursos organizados pelo empresário, cumprimento de instruções periódicas, pagamento de uma contraprestação e de outros gastos derivados do trabalho¹⁶, que apresenta-se razoável e deverá ser assim seguido pelo judiciário no Brasil.

Diante disto, no teletrabalho a pessoalidade, continuidade e subordinação jurídica se apresentam de forma completamente diferente. Entre o velho trabalho, prestado nos espaços físicos da empresa, sob a direção e coordenação direta de um chefe, e o teletrabalho, onde o

¹⁴Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

¹⁵Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

¹⁶Nesse sentido: SSTS 22 abril 1996 y 29 diciembre 1999. Disponível em: <http://www.uts.es> <http://eur-lex.europa.eu>. Acesso em 20/8/2018.

controle é centrado agora na produção, e não mais na pessoa do trabalhador, é feito à distância, muitas vezes, pela própria máquina (computador, celular etc.), o controle físico é substituído pelo tecnológico, mais eficaz que o tradicional porque permite a vigilância direta, embora, diferida. O empresário, supervisor ou chefe não mais circula pela unidade e sim, pela rede, que forma parte da empresa. A maior independência funcional, a descontinuidade, que não se confunde com eventualidade, e a flexibilidade da personalidade.

A Mestre Denise Fincato¹⁷, vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, já reiteradamente apresentados pela doutrina de forma sistematizada:

- geográfico (ou topográfico): o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) da empregadora (matriz e filiais, comumente);
- tecnológico: o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação que poderá, ainda, ser identificada como a mediadora da relação ou como o próprio espaço de trabalho;
- organizativo: o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, para o teletrabalho, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados em todas as ações e estratégias (ambiência laboral, medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc).

4.3. A regulamentação do teletrabalho pela reforma trabalhista

Com a aprovação a Reforma Trabalhista, o teletrabalho passa a ser regulamentado, na esperança de trazer maior segurança jurídica, pelos artigos novos arts. 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75- E.

O art. 75-B nos traz o conceito de teletrabalho e seu parágrafo único, permissão ao fato de o tele empregado comparecer à empresa para desempenho de tarefas específicas não altera a natureza do contrato.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

¹⁷FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.

Importa ressaltar, a infelicidade do legislador ao redigir o art. 75-D retirando a obrigação do empresário em fornecer as ferramentas de trabalho ao seu empregado, que normalmente ocorre às custas do trabalhador.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Por fim o art. 75-E não se demonstra realista, visto que muitas vezes o empregador não toma as devidas precauções quanto a doenças e acidentes de trabalho no ambiente físico, imagina quanto as providências na casa do trabalhador. Ademais, como se pode garantir que o trabalhador terá um ambiente de trabalho seguro e saudável, se o empregador não está a obrigado a fornecê-lo?

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Questão instigante incide em saber se o empregador se exime de eventual responsabilidade por acidente do trabalho sofrido pelo teletrabalhador. Ora, uma vez comprovados os elementos dano, nexa e culpa patronal, ainda que culpa in vigilando, a empresa deverá indenizar o teletrabalhador dos danos materiais e morais daí resultantes, nos termos do art. 927 do Código Civil. Não se negue que é o empregador quem assume todos os riscos da atividade econômica (art. 2º., CLT), tendo o dever de fiscalizar todas as condições ergonômicas de suas estações de trabalho, inclusive a casa do teletrabalhador, se for o caso. Atente-se para a dicção do art. 154 da CLT, o qual dispõe que o capítulo “da segurança e medicina do trabalho” aplica-se “a todos os locais de trabalho”, cabendo ao empregador cumprir integralmente todos os seus dispositivos (art. 157, CLT).

Há, ainda, dois outros dispositivos que tratam sobre teletrabalho dispostos no diploma reformado da CLT: os artigos 62, III e 611-A, VIII. O primeiro, que exclui o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado ao controle da duração de jornada e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva.

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

III - os empregados em regime de teletrabalho.

E

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente.

Contudo, cumpre salientar que, devido ao distanciamento físico com os demais empregados da empresa, dificulta a mobilização sindical dos teletrabalhadores. Domenico De Masi, sobre este tema, acredita que “existirão dificuldades para ações coletivas com os colegas de trabalho, até que se descubra a ideia de fazê-las de tipo informático; (...) momento em que o sindicato aprenda a usar estas tecnologias e a se transformar em telessindicato”¹⁸.

5. DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHISTAS

O trabalho, realizado à distância e a maior independência funcional podem acarretar problemas de qualificação da natureza jurídica da relação, e conforme as condições em que o teletrabalho é desenvolvido poderá revelar uma relação de emprego, ou prestação de serviços sem vínculo empregatício, ou trabalho autônomo, ou ainda, formas combinadas.

A doutora Emília Simeão Albino Sako explica que “O trabalho pelos meios tecnológicos, com flexibilidade de horário, prestado de forma ocasional, em atividade não essencial à empresa, em princípio, é um teletrabalho autônomo. Porém, entre os diversos tipos de autônomos que prestam serviços por conta alheia estão os ‘falsos autônomos’. Assim, para identificação da real qualificação jurídica do teletrabalho será necessário atentar para as condições de fato em que a atividade é exercida (princípio da primazia da realidade), podendo o teletrabalhador, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, ostentar três qualificações: 1) teletrabalhador empregado (CLT, art. 3º c/c art. 6º); 2) teletrabalhador autônomo (regido pelo Código Civil ou legislação esparsa); e) teletrabalhador em domicílio, propriamente dito (CLT, art. 6º). Na pesquisa sobre a natureza jurídica do teletrabalho alguns aspectos podem deixar evidente a existência da relação laboral, com destaque: a) colaboração de caráter não ocasional, ou seja, trabalho executado por mais de uma vez, sendo irrelevante a descontinuidade, na medida em que continuidade é aferida no tempo; b) trabalho coordenado e relacionado à atividade normalmente desenvolvida pelo tomador dos serviços; c) cumprimento de metas e/ou apresentação de resultados; d) controle informático

¹⁸ DE MASI. Domenico. O ócio criativo. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2000, p. 217.

direto ou indireto; e) uso de meios informáticos e do patrimônio intelectual do tomador dos serviços; f) treinamentos/qualificação proporcionados pelo tomador dos serviços; g) exigência de manutenção das vias de comunicação abertas; h) dependência econômica do teletrabalhador para com o credor de seu trabalho. As posições de comando, controle e supervisão, diretos ou indiretos, visíveis ou invisíveis, a partir de ordens e orientações técnicas, contínua ou remotamente enviadas, são indicadores da natureza jurídica da relação. Importante ater-se também à alheneidade dos frutos, que engloba riscos, mercado e meios¹⁹”.

No tocante a questão do sobreaviso no contrato de trabalho a utilização de BIPs, pagers, telefones celulares e outros instrumentos de comunicação fora do horário de trabalho pode caracterizar tempo de sobre aviso, nas situações em que o empregado é obrigado a restringir sua liberdade por estar “aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço” como reza o §2º do art. 244, da CLT.

Delgado diz que, o avanço tecnológico tem propiciado situações nocivas que suscitam debates acerca da possibilidade de incidência da figura especial do tempo de sobreaviso, todavia “com tais equipamentos o empregado não fica necessariamente preso na sua residência”. Assim não há restrição de liberdade no sentido de ir e vir. (DELGADO, 2014, p. 913)

A Súmula 428 do TST aborda sobre o tema: “SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso” (BRASIL, 2012).

Quanto ao impacto das novas tecnologias da informação e da comunicação nas relações individuais de trabalho, Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2014, p. 670) identifica, no cenário do trabalho contemporâneo, a exacerbação do poder diretivo do empregador, (i) na utilização de câmeras televisoras de segurança em banheiros; (ii) no

¹⁹ SAKO, Emília Simeão Albino. Teletrabalho telesubordinado, dependente e por conta alheia: reengenharia dos requisitos da relação empregatícia. REVISTA ELETRÔNICA [DO] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 3, n. 33, set. 2014. p. 43

controle de correspondências no ambiente laboral, e; (iii) no controle de correspondências eletrônicas e-mail.

Já na esfera da medicina laboral e a saúde do trabalhador, ressalta-se, os números do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)²⁰ que evidenciam com clareza o aumento de Lesões por Esforços Repetitivos (LER) e Doenças Osteoarticulares Relacionadas ao Trabalho (DORT) em razão do trabalho desenvolvido através da utilização dos computadores, por exemplo.

20 principais causas de afastamento por adoecimento no trabalho em 2017*	Total
Dorsalgia	12.073
Lesões do ombro	10.888
Sinovite e tenossinovite	4.521
Mononeuropatias dos membros superiores	3.853
Outros transtornos de discos intervertebrais	3.221
Reações ao "stress" grave e transtornos de adaptação	3.170
Transtornos internos dos joelhos	2.365
Outros transtornos ansiosos	2.310
Episódios depressivos	2.189
Outras entesopatias	1.620
Outros transtornos articulares não classificados em outra parte	1.472
Hérnia inguinal	1.457
Transtorno depressivo recorrente	797
Varizes dos membros inferiores	537
Hérnia umbilical	456
Outros transtornos dos tecidos moles, não classificados em outra parte	415
Gonartrose [artrose do joelho]	410
Transtorno afetivo bipolar	364
Transtornos dos discos cervicais	317
Tuberculose respiratória, com confirmação bacteriológica e histológica	232
Total de benefícios concedidos por adoecimento no trabalho	64.050
<i>Fonte: INSS</i>	

* Os números referem-se aos afastamentos com mais de 15 dias. Os dados são preliminares.

O quadro acima, também revela que jamais se viu antes uma prevalência tão grande de doenças mentais relacionadas ao trabalho. Infelizmente, a lei não regula e o judiciário não reconhece as doenças ocupacionais contemporâneas.

²⁰ Segundo dados preliminares do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), em 2017 foram concedidos 22.029 benefícios acidentários a trabalhadores que precisaram ficar mais de 15 dias afastados do trabalho por causa de algum tipo de doença relacionada à LER/Dort. O número representa 11,19% de todos os benefícios concedidos. Disponível em: <http://revistacipa.com.br/ler-e-dor-representam-11-de-todos-os-beneficios-concedidos-pelo-inss-em-2017/>. Acesso em 20/7/2019.

6. CONCLUSÃO

O teletrabalho possui vantagens como o trabalho à domicílio, com a desnecessidade de deslocamento diário até a empresa, flexibilidade de horário de trabalho, maior convívio com os familiares ou até mesmo a redução de custos com vale-transporte e investimento na infraestrutura da empresa, economia que pode ser compensada com uma maior oferta de salário ao teletrabalhador. Por outro lado, possui como desvantagens, a falta de convívio com colegas de trabalho, a confusão entre o espaço profissional e o espaço íntimo da casa, o aparecimento de doenças ocupacionais pelo excesso de tempo em frente ao computador, sobretudo, porque a busca do melhor resultado implica verdadeira neurose da produtividade tão presente na sociedade atual.

Por certo temos, que é um novo começo de tempo, o Brasil finalmente positivou no ordenamento pátrio o teletrabalho, que agora possui um capítulo especialmente e somente para regulamentá-lo. Entretanto, equivocou-se o legislador em tentar dar celeridade e mais opções ao empregador em detrimento da diminuição de direitos do trabalhador, que teve ainda mais reduzida as condições mínimas de trabalho, o que por certo demandará do judiciário o enfrentamento de tais questões, onde o legislador apresentou certo descaso.

REFERÊNCIAS

BARROS, A.M. de. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 213.

BRASIL. (15 de dezembro de 2011). Lei 12.551. Brasília: DOU de 16.12.2011.

_____. 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: 20, maio, 2019.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20, maio, 2019.

_____. Lei nº **10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20, maio, 2019.

_____. Resolução CSJT N.º 151, de 29 de maio de 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/63630/2015_res0151_csjt_compilado.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 10, jul. 2019.

DE MASI, Domenico. O ócio criativo. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2000, p. 217.
EUROPA. EUR-Lex. Acesso ao direito da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em 20, ago. 2018.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.
MARTINS, Sérgio. Direito do trabalho, 17 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.94.

OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao direito do trabalho. Tradução de C. A. Barata Silva, 4a. ed., São Paulo: LTr, 1984, p. 16.

REVISTA CIPA. LER e Dort representam 11% de todos os benefícios concedidos pelo INSS em 2017. Disponível em: <<http://revistacipa.com.br/ler-e-dor-representam-11-de-todos-os-beneficios-concedidos-pelo-inss-em-2017/>>. Acesso em 20, jul. 2019.

SAKO, Emília Simeão Albino. Teletrabalho telesubordinado, dependente e por conta alheia: reengenharia dos requisitos da relação empregatícia. REVISTA ELETRÔNICA [DO] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 3, n. 33, set. 2014. p. 43

SARAIVA, Renato e Tonassi Souto, Rafael. Direito do trabalho: concursos públicos, 20 ed., Salvador, Bahia: JusPodivm, 2018, p. 29

TEIXEIRA, Sérgio Torres BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ALTERNATIVAS PARA A PREVENÇÃO

Cristina Dal Sasso

Resumo: A violência contra a mulher no âmbito familiar vem a ser um desafio para a resolução dessa problemática uma vez que as mulheres agredidas, na grande maioria das vezes não almejam um lar cheio de conflitos, um lar onde haja violação de direitos, agressão e violência. As mulheres almejam, no âmbito familiar, um companheiro, um parceiro, um homem que venha a contribuir para agregar a família, um homem que veja essa mulher com respeito, que a veja como sujeito de direitos e também sua parceira, sua companheira de vida. Existem leis muito sérias e muito atuais no que concerne à proteção da mulher agredida. Entretanto, verificou-se que a prevenção seria o meio mais adequado para evitar as reincidências múltiplas de agressão nas mesmas famílias. Nesse sentido a problemática envolve muito mais poder solucionar o imbróglio com a prevenção da agressão do que com a punição do agressor.

Palavras-chaves: Agressão. Violência. Mulher. Solução. Prevenção.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é algo que incomoda a sociedade há muito tempo, entretanto o que se vê na prática são projetos e leis eloquentes e eficazes, mas que, muitas vezes não conseguem resolver o problema, uma vez que não são raros os casos de reincidência de violência doméstica que ocorre com as mesmas partes. Ou seja, as mulheres agredidas muitas vezes aceitam o agressor de volta ao lar e aqui não iremos adentrar nos motivos pelos quais elas possuem esse tipo de comportamento. Verifica-se, na prática, que a punição do agressor não acaba com o problema, pois, mesmo após o cumprimento da pena, não raros são casos em que ele volta a cometer os mesmos atos de violência contra sua parceira.

Frise-se que, muitas vezes, essa mulher agredida verbal ou fisicamente aceita o agressor de volta ao lar. Prova disso são as estatísticas publicadas para demonstrar que, na maioria das vezes elas recebem o agressor ao lar logo em seguida ao registro da ocorrência

¹ Membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/RS, Moderadora do Grupo de Estudos em Direito Administrativo da Escola Superior da Advocacia – RS, Funcionária Pública de Carreira, Advogada da Brigada Militar, Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Fundação do Ministério Público, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uniritter.

policial e da ocorrência dos fatos. Isso denota-se que, em seu íntimo a mulher agredida não esteja consciente da gravidade da situação a que foi submetida. Ela deseja uma união, porém sem desejar nesse relacionamento coações ou quaisquer tipos de violência, tanto é assim que levam os casos de violência a registro, a fim de que as devidas medidas e providências sejam adotadas.

Nesse sentido, a lei, apesar de trazer eficácia em relação às medidas protetivas e o afastamento dos agressores de dentro dos lares, é inoperante, uma vez que, a justiça autoriza as medidas dentro dos parâmetros da lei, porém, observa-se que é a própria mulher agredida que recebe aquele homem (o seu agressor) novamente ao lar ou ao seu convívio. Ou seja, elas acabam não cumprindo sua parte em relação às providências judiciais adotadas.

As causas de violência contra a mulher ocorrem, por várias vezes, desde quando são crianças, como por exemplo, na observação da subserviência de suas mães aos maridos e presenciando a falta de controle psicológico de seus pais em frear ou refrear instintos agressivos ou suas patologias mentais, tais como excesso de pressão psicológica, o que leva, não raras vezes a episódios de explosões de raiva dentro de casa.

Situações como as descritas acima geram fatos jurídicos que iniciam-se nas delegacias de polícia, percorrem o judiciário e geram volumes desnecessários de processos caso tivéssemos políticas públicas de planejamento estratégico para que fatos como esses fossem resolvidos na esfera do serviço social, da psicologia jurídica e das medidas preventivas de terapias familiares. Assim o judiciário possivelmente seria desafogado da atuação em processos que envolvem a violência doméstica.

Sabe-se, através de estudos, que o índice de maus-tratos marital pode acontecer, antes mesmo do casamento, como sugere Davidoff (2001)², pois os cônjuges são provenientes de famílias com histórico de uso de agressão para resolver seus problemas domésticos. Eles próprios foram maltratados ou viram outros membros de suas famílias sofrerem maus-tratos. Essas famílias adotam atitudes tradicionais com relação aos papéis homem-mulher, esperam que as mulheres sejam submissas, como vimos no histórico relacional.

A violência física no casamento é contínua. “No começo, os episódios são de pouca importância e a mulher tem ainda algum controle. Por exemplo, o marido pode atirar o prato do jantar na parede toda vez que a mulher fizer algum trabalho fora de casa. Os incidentes menores multiplicam-se e um deles acaba em derramamento de sangue. Em geral, o homem aterroriza a mulher atacando-a brutalmente. Esta fase aguda é geralmente seguida de calma, ficando o marido

²DAVIDOFF, Linda L, *Introdução à Psicologia*, 3ª Edição, 2000, p. 387, Editora Pearson.

atencioso, arrependido, gentil e compreensivo. O ciclo tende a se repetir, embora algumas mulheres consigam rompê-lo.” (BOWKER,1984 apud DAVIDOFF, 2001, p.387).

BREVE HISTÓRIA DA SUPREMACIA PATRIARCAL

A construção histórica ideológica da supremacia do homem em detrimento da mulher e toda uma história baseada no patriarcado, fornece dados que proporcionaram uma compreensão do aspecto evolutivo relacional dentro do quadro de agressão marital.

Entre as sociedades ocidentais que participaram direta ou indiretamente do processo de colonização do Brasil, e que serviram de modelo para a constituição da identidade sociocultural do povo brasileiro, as relações de gênero, ou seja, os papéis sociais de homens e mulheres sempre foram bem definidos e suas distinções baseavam-se essencialmente numa cosmovisão patriarcal cristã da realidade social. Nelas, o papel da mulher geralmente esteve vinculado à esfera familiar e à maternidade, enquanto, ao homem foram reservadas as atividades públicas e a concentração dos valores materiais, “o que faz dele o provedor e protetor da família”³ (JESUS, 2010, p. 7).

O sociólogo francês Bourdieu, um dos mais aclamados no mundo todo no campo da sociologia e antropologia, trata a questão da “*dominação masculina*” principalmente a partir de uma perspectiva simbólica. Para ele, a dominação masculina seria uma forma particular de *violência simbólica*. Por esse conceito, Bourdieu compreende o poder que impõe significações, impondo-as como legítimas, de forma a dissimular as relações de força que sustentam a própria força. O que o sociólogo quis dizer com isso é justamente a manutenção de um poder que se mascara nas relações, que se infiltra no nosso pensamento e na nossa concepção de mundo.

Para o gênero, essa visão é rica, afinal de contas, não estamos discutindo justamente as maneiras marcadas por relações de poder de conceber o masculino e o feminino? Tanto é verdade que *Bourdieu denuncia um modo de pensar pautado pelas dicotomias e oposições*.

Além disso, Bourdieu enfatiza que essas concepções “invisíveis” que chegam a nós nos levam à formação de *esquemas de pensamentos impensados*, ou seja, quando acreditamos ter a liberdade de pensar alguma coisa, sem levar em conta que esse “livre

³ JESUS, Carlos A. Martins de. Introdução. In: PLUTARCO. Diálogos sobre o amor, relatos de amor. Trad. Carlos A. Martins de Jesus. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2009. (p. 7-27).

pensamento” está marcado por interesses, preconceitos e opiniões alheias. Não é à toa que o sociólogo afirma que *uma relação desigual de poder comporta uma aceitação dos grupos dominados, não sendo necessariamente uma aceitação consciente e deliberada, mas principalmente de submissão pré-reflexiva.*

CARACTERIZAÇÃO DO TERMO VIOLÊNCIA

Qualidade ou caráter violento, ação violenta: cometer violência, ato ou efeito de violentar, opressão, tirania: regime de violência, direito constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém. (Dicionário Aurélio, 2011).⁴

A violência nos termos jurídicos é considerada uma espécie de repressão ou forma de constrangimento, ocasionando desta forma, uma coação, impossibilitando o indivíduo de reagir, sendo esse forçado a executar algo contra sua vontade.

Com a Lei Maria da Penha, Nº 11.340⁵, de 7 de agosto de 2006, houve a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher; além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e ter alterado o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Portanto, a lei surgiu com o objetivo de responder adequadamente aos anseios e necessidades das mulheres, vítimas de violência conjugal, que procuravam a punição para os agressores diante dos problemas relativos à aplicação da lei 9.099/95, em situações de violência doméstica.

O lar pode ser um lugar difícil de conviver, e isso independe de classe social, religião ou de qualquer outro fator ideológico. Os relacionamentos conjugais violentos são muito complexos tendo em vista que envolvem amor. Devido a essa complexidade urge a necessidade de desenvolver pesquisas enfocando a perspectiva relacional, ou seja, a

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 895 p. ISBN 978-85-385-4240-7.

⁵ **Lei nº 11.340/2006**, Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências

perspectiva de que a violência doméstica também reflete a natureza das relações estabelecidas pelo casal, pois o conflito familiar se estrutura gradativamente a partir das experiências relacionais que presenciaram desde a pequena infância. Os relacionamentos conjugais implicam numa parceria, e a violência pode, ainda que de uma forma perversa, ser um modo de comunicação entre os parceiros.

O art. 5º da Constituição Federal nos assegura direitos iguais entre homens e mulheres, mas na prática isso não ocorre, uma vez que a discriminação se dá de forma velada e quase imperceptível. Na data de 11 de dezembro de 2019 foi publicada a lei 13.931⁶, que obriga os serviços públicos e privados a notificar a delegacia policial mais próxima os casos de indícios de violência contra a mulher. De autoria da deputada Renata Abreu (PODE-SP), essa proposta destaca que a informação deve ocorrer em, no máximo, 24 horas. A justificativa do governo para que não fosse aprovado o Projeto de Lei anteriormente era de que "a notificação ocorreria sem o consentimento da vítima" e poderia provocar futuras retaliações do agressor. Ainda sobre o mesmo tema, passa a vigorar a lei que garante às vítimas de violência doméstica e familiar assistência judiciária para pedido de divórcio.

Entretanto, as pessoas agressivas não possuem esse comportamento por sua índole ser ruim. Casos tais seriam exceções à regra. Os homens violentos e agressores são provenientes, muitas vezes, de lares onde eles eram crianças agredidas, meninos humilhados ou adolescentes subjugados pelos pais ou familiares.

A conduta agressiva dos indivíduos decorre de uma série de fatores em que viveram na infância e adolescência, ou seja, decorre do meio em que as pessoas foram criadas. O tipo de criação e o tipo de inclinação psicológica para suportar, na vida adulta, as responsabilidades de possuir uma família e arcar com a pressão da sociedade, em ser um bom pai para os filhos e um bom provedor e mantenedor da família, são características que a sociedade em geral impõe aos homens e, muitas vezes eles não possuem condições psicológicas fortes para saber lidar com as frustrações quando algum tipo de falta de sucesso lhes ocorre. A sociedade exige esse tipo de conduta dos homens e, quando esses homens provêm de uma família igualmente agressiva e com desequilíbrios comportamentais, o

⁶ **Lei N° 13.931/2019**, que estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.778.htm – acesso em 07/01/2020

mesmo tipo de padrão de relações é reproduzido em seu modelo de família e no modo de se relacionar.

Muitas vezes a mulher agredida também possui um comportamento violento, mas por sua natureza física frágil e delicada em relação ao homem, quando entram em combate físico, onde as raivas e as paixões se apossam desses indivíduos, acaba ocorrendo que a mulher se apresenta fisicamente muito ferida.

Um estudo com dados estatísticos realizado pela Universidade federal do Goiás⁷, com objetivos de investigar os aspectos psicológicos envolvidos que impedem a mulher agredida de separar de seu parceiro sendo ele o agressor, levantou dados onde se colheu estatísticas da violência cometida contra a mulher na cidade de Anápolis.

A pesquisa de campo contou com entrevistas as mulheres agredidas cujo material foi analisado para obtenção dos aspectos psicológicos envolvidos na relação agressor/agredido.

Neste contexto, é necessário que o foco recaia na construção dos relacionamentos, bem como no papel exercido pela violência e seus efeitos sobre o casamento/namoro e sobre os diversos aspectos da vida dos atores envolvidos.

ANÁLISES DOS DADOS

Pesquisas conduzidas por alunas da Universidade de Anápolis⁸ sugerem que a violência contra a mulher costuma ser acionada pelo alcoolismo ou por estresses que reduzem temporariamente o controle do marido. Eles usam a violência para encerrar discussões, resolver conflitos ou “ajudar” na comunicação. Tipicamente, essas mulheres não têm dinheiro, tampouco meios de sustento próprio. Elas temem a solidão.

Através das entrevistas com as mulheres agredidas, pôde-se fazer uma análise dos dados da seguinte forma: J.C.F; 32 anos; sexo feminino; Escolaridade 4^a Série. A entrevistada relata:

⁷ DE MENEZES, Denise BADAUY; SILVÉRIO, Jéssica Rezende; COSTA, Lais Silva; CONSTANTE, Máryamácia Melo; PEREIRA, Regina Brasil dos S; ALMEIDA, Samáttria G. de A. e TAKEDA, Yasminne Fayad, Mulheres Vítimas de Violência Doméstica e a sua Dependência para com os Agressores - Artigos de Psicologia - Artigos Científicos - www.psicologado.com – acesso em 09/09/2020.

⁸ DE MENEZES, Denise BADAUY; SILVÉRIO, Jéssica Rezende; COSTA, Lais Silva; CONSTANTE, Máryamácia Melo, . PEREIRA, Regina Brasil dos S; ALMEIDA, Samáttria G. de A. e TAKEDA, Yasminne Fayad, Mulheres Vítimas de Violência Doméstica e a sua Dependência para com os Agressores - Artigos de Psicologia - Artigos Científicos - www.psicologado.com – acesso em 09/09/2020.

“Eu quero voltar com ele, ele é muito ciumento. Eu dependo dele pra tudo. Não é a 1ª vez que ele me trai, ele bebe muito e gosta de ser o centro das atenções. Hoje vim na Delegacia para arquivar o processo, eu tenho medo de baterem nele. Quero meu marido de volta!”

A.P.F.S; 30 anos; sexo feminino; Escolaridade: Superior Completo. Declara que o que a motivou a realizar a denúncia contra o marido foi:

“A violência e o consumo de drogas inclusive na frente dos filhos. O que foi a gota d’água.”

Se sentindo impotente e coagida. Relata também estar escondida com os filhos, pois o parceiro a ameaçou de morte.

A.P.F.S; 30 anos; sexo feminino; Escolaridade: Superior Completo. Declara que o que a motivou a realizar a denúncia contra o marido foi:

“A violência e o consumo de drogas inclusive na frente dos filhos. O que foi a gota d’água.”

Se sentindo impotente e coagida. Relata também estar escondida com os filhos, pois o parceiro a ameaçou de morte.

Z.I.A; 35 anos; sexo feminino; Escolaridade: Ensino Médio.

“Eu vim procurar a Delegacia porque quero medidas protetivas, ele me agrediu em uma festa e a minha filha entrou na briga, ele bateu nela. Ele está ameaçando de me matar, está me perseguindo e tenho medo dele.”

Os períodos calmos são sedutores. Elas mantêm a esperança de que “tudo vai dar certo”. Quando esta ilusão se desfaz, o medo as mantém ao lado de homens violentos. Não importa onde possam ir, elas pensam; os homens vão encontrá-las e ferí-las ou então levar os filhos. Procurar a polícia, juízes e outros meios afins raramente asseguram sua proteção. Maridos violentos raras vezes são detidos, julgados, condenados e mandados para a prisão.

G.P.C; 27 anos; sexo feminino; escolaridade 6ª série. A entrevistada tem medo de perder o marido porque a mesma o traiu e sente envergonhada. Procurou a delegacia porque o amante estava ameaçando-a de morte.

M.C.A.M; 43 anos; sexo feminino; escolaridade 2º grau. A entrevistada relata:

“Vim aqui na Delegacia porque eu saí para trabalhar, e não pude voltar, ele acha que fui fazer alguma coisa errada, quero pelo menos minhas roupas, meus direitos, mas não sei se vou conseguir, porque não senti nenhum amparo aqui na Delegacia”.

S.M.M.S; 20 anos; sexo feminino; escolaridade: Ensino Médio. A entrevistada relata que as agressões verbais por parte do parceiro foram:

“Não presta, prostituta”, e puxava o seu cabelo.

A violência doméstica é uma das formas mais comuns de manifestação da violência e, no entanto, uma das mais invisíveis, sendo uma das violações dos direitos humanos mais praticadas e menos reconhecidas do mundo. Trata-se de um fenômeno mundial que não respeita fronteiras de classe social, raça ou etnia, religião, idade e grau de escolaridade.

PREVENÇÃO - O ASSISTENTE SOCIAL – O PSICÓLOGO – O TERAPEUTA

O indivíduo, sujeito da história de violência doméstica, é constituído de suas relações sociais em passivo e ativo, determinado e determinante. O conceito de história se define a partir do momento que ele se insere no conjunto de suas relações sociais.

Logicamente o papel do judiciário e as leis fundadas na proteção contra a violência doméstica são fundamentais para o avanço social no sentido de coibir os maus-tratos domésticos. Porém, como dito alhures, o que verifica-se na prática é que muitas vezes as mulheres agredidas acabam recebendo esses parceiros agressivos novamente ao lar e ao seu convívio.

Nesse contexto frise-se que o serviço social como um todo é voltado para a problemática da sociedade e os fatores decorrentes das relações sociais, e desse modo, deve seguir conforme os costumes, acolhendo a analogia e a aplicação dos princípios gerais do direito, buscando levar à comunidade os benefícios a ela inerentes através da mediação dentro do contexto Estado, através dos operadores do direito.

Os psicólogos jurídicos e terapeutas familiares são profissionais de grande relevância para tratar dos membros dessas famílias, da manutenção de uma família estruturada, com bases sólidas fundadas em respeito, moderação de atitudes e diálogo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que a violência doméstica e familiar é composta de situações psicológicas complexas, uma vez que a punição do agressor, por vezes não é suficiente para coibir

definitivamente os casos de reincidências. Por isso faz-se necessário o acompanhamento multidisciplinar de prevenção e combate à violência doméstica, e, nesse jaez, é de fundamental importância o papel do assistente social, do psicólogo e dos terapeutas familiares para acompanhar os casos das famílias envolvidas em situações de abusos e violências domésticas

O acompanhamento multidisciplinar, contando com o acompanhamento de profissionais especializados, como os profissionais da saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas) e assistentes sociais, antes das audiências e durante todo o processo judicial que ocorre no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica é de fundamental importância para que não haja reincidência dos mesmos fatos e das mesmas partes. E implantar esse sistema multidisciplinar de acompanhamento familiar em políticas públicas para as mulheres, talvez poderia ser a melhor solução para poder prevenir uma possível reincidência de agressão intrafamiliar.

Implantar a obrigatoriedade de acompanhamento semanal desses profissionais nas localidades e bairros onde haja maior índice de incidências de agressão agregaria grande valor na função de colaboradores das Varas de Violência Doméstica. O intuito seria o de prevenir a violência no âmbito intrafamiliar e possíveis reincidências, combatendo tecnicamente as regras de dominação e violência impostas nos lares que possuem essa característica. A importância desse acompanhamento seria desempenhar o papel de levar uma nova perspectiva de visão convivência entre os membros dessas famílias.

REFERÊNCIAS

DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**, 3ª Ed., 2000, Editora Pearson.

JESUS, Carlos A. Martins de. Introdução. In: PLUTARCO. Diálogos sobre o amor, relatos de amor. Trad. Carlos A. Martins de Jesus. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2009. (p. 7-27).

BRASIL, **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm - acesso em 02/02/2020

_____, **Lei Nº 13.931/2019**, que estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde

públicos ou privados:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.778.htm – acesso em 07/01/2020.

DE MENEZES, Denise BADAUY; SILVÉRIO, Jéssica Rezende; COSTA, Lais Silva; CONSTANTE, Máryamácia Melo, PEREIRA, Regina Brasil dos S; ALMEIDA, Samáttria G. de A. e TAKEDA, Yasminne Fayad, **Mulheres Vítimas de Violência Doméstica e a sua Dependência para com os Agressores** - Artigos de Psicologia - Artigos Científicos - www.psicologado.com – acesso em 09/09/200

NICOLS, Michel P, SCHWARTS, Richard C., **Terapia Familiar**, 7ª Ed., 1992, Editora Conceitos e Métodos.

BORDEAU, Pierre. **Conceitos Fundamentais**, 3ª Ed., 1999, Ed Vozes

RELATÓRIO AZUL, **Comissão de Cidadania e Direitos Humanos** – AL/RS, 1994, 133p., 1ª Edição. REVISTA CAUTELAR, Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ano V, outubro de 2015, 135p. Edição de aniversário

REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO SUL, Ano 1, n. 1 (1985) – Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

TEIXEIRA, Ondina, **Psicologia Contemporânea**, Vol. 3, 2ª Edição, 1984, Editora DICOPEL

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DE ACORDO COM O NOVO CPC

Daniela Salhenaves Antolini¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a análise acerca das principais alterações ocorridas na Execução de Alimentos no novo Código de Processo Civil, uma vez que, com a reforma, houve uma tentativa de ajustar a legislação aos ideais da justiça, da efetividade e da pacificação social. Diante disso, o legislador escolheu efetivar um processo moderno, que atendesse as reais necessidades da sociedade e socorresse o judiciário de seu maior problema. O novo ordenamento jurídico trouxe avanços na forma de instituir e cobrar a dívida alimentícia, utilizando mecanismos extrajudiciais para a composição de conflitos. Deste modo, frente às alterações ocorridas, cresce a importância de analisar as transformações na nova sistemática no tocante às execuções de alimentos, e que influenciarão o operador do Direito na necessidade de aprofundamento e conhecimento para a prática cotidiana.

Palavras-chave: Direito de Família. Execução de Alimentos. Novo Código de Processo Civil. Mudanças.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A principal finalidade do novo Código de Processo Civil, senão o grande desafio, é o de conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional. Portanto, o novo Código pretende enxugar o excesso de formalidade e arbitrariedade contidos no antigo Código de Processo Civil.

Deste modo, com o advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, importantes inovações surgiram em várias áreas do Direito Civil, sobretudo no que se refere ao Direito de Família, que sofreu mudanças quanto aos procedimentos de execução em face ao devedor de obrigação alimentar.

Sabe-se que não há nada mais imprescindível do que o Direito a Alimentos, pelo simples fato de assegurar a vida e garantir a sobrevivência dos dependentes. Considerando as características do crédito alimentar, ou seja, resguardar a sobrevivência do alimentando e fazer cumprir o dever de prover do alimentante, há, como é notório, a previsão de prisão civil do devedor de alimentos, no caso de inadimplemento voluntário

¹ Advogada, inscrita na OAB/RS 102.128; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo IED – Instituto Elpidio Donizetti, em parceria com a FEAD – Centro de Gestão Empreendedora. Secretária da Comissão da Mulher Advogada – Subseção de Tupanciretã/RS – Gestão 2019/2021. E-mail: daniela.antolini@hotmail.com

e inescusável obrigação alimentar. O objetivo não é a prisão em si, mas, sim, compelir o devedor a que arque com tal dívida.

A presente proposta de pesquisa bibliográfica compreende uma abordagem analítica de questões relacionadas ao tema, com ênfase na visão de alguns doutrinadores baseados em diferentes concepções, a fim de fundamentar o texto que tem como problemática as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil no instituto da Execução de Alimentos.

Como objetivo geral, foram analisadas as principais modificações sofridas no Direito de Família em relação às Execuções de Alimentos, abrangendo temas importantes como a execução originária de títulos executivos extrajudiciais, prisão civil do devedor de alimentos, protesto do título que fixa alimentos e possibilidade de inclusão do alimentante no Cadastro de Proteção ao Crédito, e penhorabilidade de salário e remunerações em caso de dívida alimentar. Têm-se como objetivo específico compreender, analisar e comparar as referidas modificações no novo Sistema Processual Brasileiro.

Trata-se de um estudo de extrema relevância social, pois apresenta uma possibilidade de reflexão, uma vez que o novo ordenamento jurídico traz consigo a esperança de maior efetividade no tocante à Execução de Alimentos, prática tão recorrente e necessária na garantia de direitos.

2. PROCESSO DE EXECUÇÃO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

O processo judicial dispõe de duas alternativas para a eliminação do litígio: o processo de conhecimento e o processo executivo. Enquanto o primeiro busca a situação ou o direito, o último tende à realização do direito de forma concreta.

Neste sentido:

[...] Enquanto no processo de conhecimento o juiz examina a lide para “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, no processo de execução providencia “as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre as regras e os fatos”. Em outras palavras, o processo de conhecimento visa a declaração do direito resultante da situação jurídica material conflituosa, enquanto o processo de execução se destina à satisfação do crédito da parte².

² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo código de processo civil anotado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 425.

Considera-se, assim, que a execução pode ser conceituada como o meio pelo qual o cumprimento de uma obrigação é voluntário ou involuntariamente satisfeito. Quando a obrigação não é cumprida espontaneamente, faz-se necessária a prática de atos executivos pelo Estado, com o objetivo de satisfazê-la.

Destarte, no processo de execução, o objetivo não é a declaração de um direito, mas sim é imprescindível que este esteja reconhecido através do título executivo. O procedimento da execução é o meio hábil para satisfazê-lo através da transferência do patrimônio do devedor ao seu credor.

Vale salientar que não haverá ato executivo sem a existência do título executivo, que cumpre três funções: ele autoriza a execução (é condição necessária, trazendo a certeza sobre o direito do credor), define o seu fim (explicita qual foi a obrigação imposta ao devedor e qual é a sanção em caso de inadimplemento, dizendo qual é o fim que se pretende com a atividade executiva), e, por fim, fixa os limites da execução, ou seja, fixa quem serão os sujeitos ativos e passivos e o objeto da mesma.³

Deste modo, não há processo de execução sem título que o enseje, existindo requisitos indispensáveis para que a obrigação de que trata o documento seja passível de ser executada. Assim, o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém o dever de prestar líquido, certo e exigível.

A execução pressupõe a existência de um título executivo judicial ou extrajudicial, que materializa a obrigação exigível a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva.⁴

Nessa acepção:

[...] o Sistema Processual Brasileiro prevê duas modalidades de títulos executivos: títulos executivos judiciais (provenientes de processos judiciais) e os títulos executivos extrajudiciais (provenientes da relação entre particulares, mas que a lei atribui força executiva), cada modalidade com um modo diferente para seu cumprimento. Enquanto os títulos judiciais são executados dentro do próprio processo de conhecimento em fase denominada de cumprimento de sentença, os títulos extrajudiciais dão ensejo a processos autônomos de execução⁵.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. 48. ed. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 259.

⁴ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 260.

⁵ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: recursos e processo de execução**. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2007, p. 296.

Assim sendo, a efetivação dos títulos executivos obedece a trâmites legais distintos, já que o cumprimento de sentença, previsto no art. 513 e seguintes do CPC, é o procedimento executivo de título judicial e faz parte de uma fase dentro do processo de conhecimento. Já os títulos executivos extrajudiciais são executados em processos autônomos e devem observar o que requer previsto no art. 771 e seguintes do CPC, intitulado apenas de “processo de execução”.⁶

Quanto à classificação do ato executivo, ela é feita segundo os critérios de eficácia, tipo e resultado.

No que diz respeito à eficácia dos atos executivos, esta pode ser classificada como provisória ou definitiva. Acerca do tema, Gonçalves explana:

[...] O cumprimento de sentença será provisório quando fundado em decisão judicial transitada em julgado (decisão interlocutória de mérito, nos casos de julgamento antecipado parcial do mérito, sentença ou acórdão sobre os quais ainda pende recurso não provido de efeito suspensivo, conforme art. 520, do CPC) e também na efetivação de tutela provisória, nos termos do art. 297, parágrafo único. Afora essas hipóteses, o cumprimento de sentença será definitivo, ainda que haja agravo de instrumento pendente contra a decisão que julgou a impugnação⁷.

Isto posto, a execução de título executivo judicial poderá ser tanto provisória como definitiva, ao passo que a constituída do extrajudicial, por sua natureza, será sempre definitiva, considerando que a lei já lhe atribui a certeza necessária para desencadear o processo de execução.

Em relação ao tipo do meio executivo utilizado, a execução poderá ser direta ou indireta, salientando que ela possui procedimentos diferentes com base em qual prestação encontra-se indicada no título executivo.

A diferença se faz pelos meios de pressão utilizados para atingir a vontade do devedor, uma vez que na execução direta, a pretensão jurisdicional substitui a do devedor, fazendo com que o direito seja alcançado independente do adimplemento. Deste modo, por ser alheia ao que deseja o devedor, é chamada de execução forçada, pois força a realização

⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 450.

⁷ GONÇALVES, Marcos Vinícios Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 846.

do direito. Já na indireta, utilizam-se meios para convencer o devedor ao adimplemento, como, por exemplo, a aplicação de multa a fim de estimulá-lo a cumprir com sua obrigação⁸.

E, por fim, quanto ao resultado, a atividade executiva poderá ser frutífera ou infrutífera. Quando frutífera encontra frutos no patrimônio do réu, permitindo o cumprimento do direito mediante a expropriação de bens. Por outro lado, caracteriza-se como infrutífera aquela que, apesar de fundada em sentença ou outro título executivo, não permite a satisfação do direito em razão da insuficiência de bens no patrimônio do devedor⁹.

Cabe salientar que o procedimento da execução pode variar dependendo da natureza da prestação assegurada ao credor através do título executivo; deste modo, o Código de Processo Civil prevê três espécies de execução, sendo elas: para entrega de coisa, das obrigações de fazer e não fazer, e a execução por quantia certa.

Nesse sentido, Barroso explica:

[...] A execução para entrega de coisa, fundada em título extrajudicial, está prevista no art. 806 e seguintes do CPC, e se presta para que o credor exequente force o devedor executado a lhe entregar coisa (bem móvel, imóvel ou semovente), certa ou incerta, que esteja em poder do devedor ou de terceiros.

A execução de obrigação de fazer, fundada em título extrajudicial, está prevista no art. 814 e seguintes do CPC, e consiste em uma prestação a ser realizada pelo devedor, ao passo que a de não fazer equivale a uma abstenção, conforme previsto no título executivo extrajudicial.

Na execução por quantia certa, a finalidade é alcançar tutela pecuniária ao exequente, satisfazendo seu direito de crédito documentado no título executivo.¹⁰

De outra banda, além das três espécies citadas anteriormente, o CPC prevê mais duas concernentes à execução com ritos especiais, qual sejam, a execução contra a fazenda pública, prevista nos artigos 910 e seguintes do CPC, e a Execução de Alimentos, prevista nos artigos 911 e seguintes do mesmo Código, sendo esta última espécie objeto base de estudo desta pesquisa acadêmica.

Isto posto, as espécies de execução se diferem quanto à prestação objeto do título executivo. Todavia, seja qual for a espécie de execução, todas possuem uma finalidade, que é a concretização de uma prestação submetida ao devedor através da existência de um título executivo.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHA RT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHA RT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, 2016, Op. Cit.

¹⁰ BARROSO, 2007, Op. Cit.

3. BREVE ESCORÇO: CUMPRIMENTO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

O Código de Processo Civil prevê dois sistemas para a Execução de Alimentos. O primeiro dispõe acerca da execução do que foi fixado em título judicial, sendo realizado em módulo executivo de processo sincrético ou híbrido, na forma dos arts. 528 a 533, do CPC. O segundo é destinado à Execução de Alimentos mencionados em título extrajudicial, caso em que ela é tradicional e não imediata, sendo realizada, portanto, em processo autônomo, em conformidade com o disposto nos arts. 911 a 913, do CPC¹¹.

O débito que se admite para o procedimento acerca da Execução de Alimentos que foram fixados em título judicial, corresponde às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e às que vencerem no curso do processo, conforme prevê o art. 528, § 7º, do CPC¹².

Neste mesmo sentido, tal regra tem consonância com a Súmula nº 309, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula 309 – O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. (*) (*) julgando o HC 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006, a Segunda Seção deliberou pela ALTERAÇÃO da súmula n. 309. REDAÇÃO ANTERIOR (decisão de 27/04/2005, DJ 04/05/2005): O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo. (SÚMULA 309, SEGUNDA SEÇÃO, JULGADO EM 22/03/2006, DJ 19/04/2006, p. 153)

A legitimidade ativa é do credor de alimentos e a passiva é a do devedor de alimentos. Deste modo, no que se refere à competência, têm-se que o exequente pode optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo seu próprio domicílio, como permite o art. 528, § 9º, do CPC¹³.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1221.

¹² Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo. [...]

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

¹³[...]§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

No que tange à Execução de Alimentos, esta é, na verdade, uma forma de cobrar uma quantia que, em razão da sua natureza do direito tutelado, é tratada como especial, havendo previsão de atos materiais próprios para satisfação do crédito alimentar.¹⁴

A legitimidade ativa é do credor de alimentos, detentor de título executivo extrajudicial de obrigação alimentar, e a passiva é do devedor de alimentos, assim reconhecido no título executivo.

A execução de prestação alimentícia pode ser feita visando o protesto ou a penhora de seus bens e ainda à prisão civil do executado. No primeiro caso, adota-se o procedimento do art. 824, do CPC¹⁵, e, no segundo caso, observa-se o disposto no art. 911, do mesmo diploma¹⁶.

Insta salientar que, não se adotando o procedimento do art. 911, do CPC, a execução será realizada na forma de execução por quantia certa. Quando a obrigação se representar por título judicial, seu pedido será mediante cumprimento de sentença (CPC, art. 528). Esta é a diferença entre a execução por título judicial quando adotado o procedimento para cumprimento de sentença e a de prestação alimentícia quando fundada em título extrajudicial.¹⁷

4. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRINCIPAIS MUDANÇAS COM RELAÇÃO AO RECURSO DE AGRAVO

O principal escopo do novo Código de Processo Civil, está em lhe conferir maior aplicabilidade e efetividade à prestação jurisdicional. Neste sentido, buscou emprestar ao rito da Execução de Alimentos uma característica mais célere e efetiva, perpetrando, ainda, na esteira de várias outras modificações ensejadas pelo novo diploma, uma série de mudanças que pretendem ajustar o novo estatuto ao já apregoado pela doutrina e jurisprudência.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.125.

¹⁵ Art. 824. A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

¹⁶ Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

¹⁷ PARIZATTO, João Roberto. **Ações de família no novo CPC**. 2ª tiragem. São Paulo: Edipa, 2016, p. 216.

Primeiramente, uma modificação trazida pelo novo Código de Processo Civil, foi a de dividir o processo de Execução de Alimentos decorrentes de títulos judiciais e as provenientes de títulos extrajudiciais. Os do primeiro caso, que tem por base uma decisão interlocutória ou uma sentença, estão inseridos no capítulo IV, nos arts. 528 a 533, do CPC. Já o capítulo VI, diz respeito ao segundo caso, previsto nos arts. 911 a 913, do CPC¹⁸.

No que tange à Execução de Alimentos decorrentes de título judicial, o novo ordenamento jurídico elenca possibilidades de sua materialização, podendo ocorrer por meio de desconto em folha de pagamento, desconto em outros rendimentos, penhora ou coerção civil.

A Execução de Alimentos decorrente de título judicial também pode se dar por meio do desconto em folha de pagamento. Esse meio é exitoso quando o devedor possui atividade remunerada, seja ela privada ou no setor público. O desconto pode ser resultado de dívida vincenda e, se necessário, cumulado com prestações já vencidas e não pagas no limite de até cinquenta por cento dos rendimentos líquidos do executado¹⁹.

Salienta-se que os alimentos também podem ser abatidos de quaisquer outras fontes de renda, como aluguéis, e deverão ser percebidos diretamente pelo credor. Não sendo viável o desconto em folha, pode o credor buscar a satisfação do crédito alimentar em rendimentos de qualquer natureza, sejam locações ou até mesmo aplicações no mercado financeiro, uma vez que a legislação não impõe qualquer restrição à natureza do rendimento. Com isso, pode-se concluir que qualquer renda do devedor poderá vir a ser objeto de retenção para pagamento do débito alimentar²⁰. Além do desconto em folha de pagamento e de outros rendimentos, é possível penhorar o salário do alimentante.

Insta salientar que o art. 833, IV, do CPC (BRASIL, 2015), prevê a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, salários, aposentadoria, pensões, etc., Todavia, prescreve o § 2º desse mesmo artigo que:

¹⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 593.

¹⁹ Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. [...]

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **O método da diversidade de meios executórios (efetividade na satisfação do débito alimentar), em Execução civil e temas afins**: do CPC/1973 ao novo CPC. Coordenador: Alvim Arruda Alvim *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 948.

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529.

Destarte, permanece a regra da impenhorabilidade do salário e remunerações em geral, com exceção à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia – situação em que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a quebra de sua impenhorabilidade.

Outra grande mudança ocorreu no que diz respeito ao protesto do pronunciamento judicial, mesmo quando decretada a prisão civil do devedor. Os arts. 517²¹ e 528, § 1º²², do novo CPC, trazem essa possibilidade, que pode ocorrer em caso de não pagamento do débito, de não comprovação de quitação ou da não apresentação de justificativa plausível para o motivo que não o adimpliu²³.

Neste sentido, Tartuce explana:

[...] essa possibilidade de protesto ocasionará também a inscrição do devedor no cadastro negativo. Assim, a primeira medida a ser tomada é o protesto judicial da sentença, o que ocasionará restrições creditícias ao devedor, principalmente em decorrência da inscrição de seus dados no cadastro de maus pagadores. Esse procedimento, porém, só pode ser aplicado quando se falar em título executivo judicial. O novo Código de Processo Civil não previu o mesmo para os títulos executivos extrajudiciais²⁴.

O protesto do título e a possível inscrição no cadastro de maus pagadores têm dupla utilidade, uma vez que possuem caráter coercitivo no qual o devedor terá seu crédito restringido em razão do inadimplemento, dificultando a sua vida cotidiana, o que, por si só, será grande estímulo para que quite seu débito.

²¹ Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

²² Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuarlo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

²³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 589.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no direito civil**. São Paulo: Método, 2015, p. 410.

No que tange à coerção pessoal, o novo ordenamento jurídico acerca do cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança de alimentos pelo rito da prisão civil, dispõe que caso o devedor de alimentos não pague o débito, prove que o fez, justifique a impossibilidade de fazê-lo ou o juiz não aceite sua justificativa, será decretada a prisão pelo prazo de um (01) a três (03) meses, conforme o que prevê o art. 528, § 3º, do CPC: “[...] § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

Considera-se importante que, neste caso, o devedor de alimentos deverá ser intimado pessoalmente e não através de seu advogado (caso possua), tendo em vista a grave sanção a que o mesmo poderá ser submetido.

Quanto ao procedimento a ser adotado para prosseguir pelo rito da prisão civil, Tartuce explana:

[...] O CPC/15 engendra seus dispositivos de forma a abolir definitivamente a distinção entre alimentos provenientes de títulos judiciais ou extrajudiciais, prevendo que na execução fundada em título executivo extrajudicial que reconheça obrigação alimentar aplicam-se, no que couberem, as regras típicas da execução de alimentos ²⁵.

A prisão civil do devedor de alimentos não possui caráter punitivo, mas, sim, coercitivo, motivo pelo qual assim que o débito for quitado, o devedor deverá ser solto, como preceitua o art. 528, § 6º²⁶, do CPC. O regime para cumprimento da coerção deverá ser o fechado, e o preso devedor de alimentos deve permanecer separado dos demais detentos comuns, conforme o §4º, do art. 528²⁷, do referido diploma.

O credor de alimentos também possui a opção de executar a obrigação observando as regras gerais do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de pagamento da quantia certa, caso em que não será admissível a prisão do executado²⁸.

²⁵ TARTUCE, 2015, Op. Cit., p. 429.

²⁶ Art. 528. [...]

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

²⁷ Art. 528. [...]

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

²⁸ Art. 528. [...]

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Com base em tal premissa,

[...] Neste caso, o executado é intimado (na pessoa do advogado constituído, por meio de publicação no Diário Oficial (CPC, art. 513, §2º), para pagar em 15 dias, sob pena de incluir multa de 10% e honorários advocatícios em igual percentual (CPC, art. 523, § 1º), além de se sujeitar à penhora (CPC, art. 831). Transcorrido esse prazo, inicia-se o prazo de 15 dias para que o executado apresente impugnação, segundo rol previsto no artigo 525, § 1º, do CPC/15. Mantendo-se, porém, inerte o devedor, deve ser expedido mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação (CPC, art. 525, § 3º e art. 831). Não há necessidade, portanto, de o credor pedir, e nem de o juiz determinar tais atos, pois devem ser realizados “desde logo”²⁹.

Caso o credor opte pela execução nos termos do procedimento de expropriação, deverá observar o disposto no art. 824 e seguintes do CPC. Cabe salientar que o art. 913, do CPC, faz uma ressalva quanto a esse procedimento: “[...] recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos de execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação”³⁰.

Neste sentido, Dias explana:

[...] buscada a execução pelo rito da expropriação, a citação pode ser pelo correio (CPC, art. 246, I). O devedor tem o prazo de três dias para pagar a dívida e a metade dos honorários (CPC, art. 827, § 1º). Poderá, também, opor embargos à execução, independentemente de penhora (CPC, art. 914), no prazo de 15 dias (CPC, art. 915). No entanto, se rejeitados os embargos, os honorários serão elevados até 20% (CPC, art. 827, § 2º).³¹

Em relação às duas possibilidades para perseguir o cumprimento da obrigação de pagar alimentos (a execução por quantia certa e expropriação (art. 824 e seguintes); e/ou a Execução de Alimentos), Didier explica:

[...] a opção não é de alternativa excludente. Ou seja, pode-se optar pelas duas formas desde que sejam compatíveis. Assim, por exemplo, pode-se entrar com uma ação de execução por quantia certa quanto aos valores em atraso, mas pedido de desconto em folha de pagamento, nos moldes do art. 912, do novo CPC, quanto aos alimentos futuros.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 19 de Dezembro de 2019.

³¹ DIAS, 2015, Op. Cit., p. 239.

Como a execução por título extrajudicial não é precedida de nenhum processo, os embargos são a primeira oportunidade do executado se defender. Acentua-se que há uma diferença entre a matéria de defesa prevista para o cumprimento de sentença em relação ao processo de execução, vez que neste procedimento é dado ao devedor a oportunidade para apresentar impugnação. No entanto, sua defesa é limitada, pois deverá ser baseada em alguma das matérias arroladas pelo art. 525, § 1º, do CPC. Já em processo fundado em título executivo extrajudicial, é oportunizada ao executado uma ampla defesa, através dos embargos à execução, em que poderá alegar qualquer matéria de defesa, desde que lícita³².

De outra banda, prevê-se a Execução de Alimentos decorrente de título extrajudicial, prevista nos arts. 911 a 913, do novo CPC, no qual estão inseridas as escrituras públicas de divórcio, de dissolução de união estável ou casamento, lavradas em cartório, e os acordos de pensão realizados por advogados das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Neste caso, cabe ao credor de alimentos escolher qual o caminho a seguir para atingir o seu objetivo de ter o crédito adimplido. As regras aplicáveis basicamente as mesmas que dão ensejo à execução de títulos judiciais, previstas nos arts. 528 a 533, do CPC.

Assim dispõe o diploma civil:

Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2º a 7º, do art. 528.

Por fim, outra mudança ocorrida é a constante no art. 532, do CPC³³, onde verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material, para que esse tome, querendo, as providências pertinentes e legalmente existentes.

Diante do exposto, observa-se que o legislador, através do novo CPC, buscou dar um caráter mais moderno e de maior efetividade ao processo, visto que foi conferida à Execução de Alimentos novos caminhos para facilitar a cobrança do crédito, bem como para que o credor de alimentos possa ter o seu direito assegurado.

³²THEODORO JUNIOR, 2016, Op. Cit., p. 328.

³³ Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante os apontamentos expostos, observa-se que o novo CPC, foi projetado com o objetivo de buscar mecanismos promotores de celeridade e eficácia nos processos de Execução de Alimentos.

O trâmite é dividido em processo de conhecimento, que visa à declaração do direito resultante da situação jurídica material conflituosa, e processo de execução, que se destina à satisfação do crédito da parte, logo, não há processo de execução sem título que o enseje, podendo o mesmo ser composto por qualquer documento a que a lei conferiu força executiva, sendo este chamado de título executivo extrajudicial.

Cada título executivo possui um procedimento específico para a sua execução: no judicial, ela obedece ao procedimento denominado cumprimento de sentença, enquanto no extrajudicial é previsto um processo autônomo, tendo em vista que não existe a fase de conhecimento.

Com as mudanças propostas na lei, há quatro possibilidades para se executar os alimentos devidos. A distinção se dá em relação ao tipo de título (judicial ou extrajudicial) e tempo de débito (pretérito ou recente): cumprimento de sentença, sob pena de prisão (arts. 528/533, do CPC); cumprimento de sentença, sob pena de penhora (art. 528, §8º, do CPC); Execução de Alimentos, fundada em título executivo extrajudicial, sob pena de prisão (arts. 911/912 CPC) e Execução de Alimentos, fundada em título executivo extrajudicial sob pena de penhora (art. 913, do CPC).

No novo diploma civil, a Execução de Alimentos passou por significativas mudanças. Dentre elas, destaca-se a inclusão de um capítulo específico para esta questão fundada em títulos executivos extrajudiciais e a possibilidade de promovê-la através de qualquer rito (expropriação, prisão civil ou desconto em folha de salário do devedor).

Considera-se que houve uma importante inovação no que diz respeito à possibilidade de penhora de qualquer importância mensal do devedor superior a 50 (cinquenta) salários mínimos.

Ainda, o novo CPC, no tocante ao cumprimento de sentença, inovou acrescentando a ele a possibilidade de protesto da decisão judicial, bem como a inclusão do nome do devedor de alimentos nos órgãos de cadastro de maus pagadores, mesmo quando decretada a prisão civil do devedor. Essa possibilidade ocorre em caso de não pagamento de débito,

não comprovação de que o quitou ou, ainda, da não apresentação de justificativa plausível do motivo para não adimplir o débito alimentar.

No que diz respeito à prisão civil do alimentante devedor, a lei promoveu significativas mudanças com o novo CPC, em sua forma procedimental, posto que agora existe a possibilidade de se buscá-la através de execuções de títulos extrajudiciais, o que antes não era possível. Além disso, o tempo da prisão civil do devedor de alimentos foi mais bem esclarecido, aplicando-se o prazo máximo de duração da coerção pessoal de três (03) meses.

Portanto, as mudanças ocorridas na Execução de Alimentos, deixam claros os objetivos do legislador em buscar meios de efetivar a satisfação do direito do alimentado, criando mecanismos para que o alimentante tenha consciência das consequências no caso de ficar devendo a pensão alimentícia e passe a cumprir fielmente sua obrigação.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: recursos e processo de execução**. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2007.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 19 de dezembro de 2019.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 309**: o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. >. Acesso em: 28 de dezembro de 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 593.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PARIZATTO, João Roberto. **Ações de família no novo CPC**. 2. tir. São Paulo: Edipa, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. **O método da diversidade de meios executórios (efetividade na satisfação do débito alimentar), em execução civil e temas afins: do CPC/1973 ao novo CPC**. Coordenado por Alvim Arruda *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no direito civil**. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. 48. ed. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS ASSEGURADAS AOS IDOSOS E A SUA EFETIVIDADE PRÁTICA NO ÂMBITO HOSPITALAR

Débora Bós e Silva¹

RESUMO: O campo de estudo centra-se nas garantias asseguradas ao Estatuto do Idoso, tendo como objetivo apresentar a dificuldade na efetividade destas garantias. Para a consecução deste objetivo, propõe-se, em um primeiro momento, introduzir o leitor com as influências significativas da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde como corolários fundamentais da Constituição Federal de 1988, reconhecendo a pessoa humana como cerne central de proteção. Na sequência, o presente artigo mostrará as contribuições trazidas pelo Estatuto do Idoso, a partir do estudo dos direitos e garantias assegurados neste diploma legal; aspecto essencial para o necessário desenlace do tema. Posteriormente, serão analisados os desafios para a concretização das garantias asseguradas aos idosos e a sua efetividade prática no âmbito hospitalar. Tais capítulos fornecem os subsídios necessários para a adequada compreensão sobre o tema, culminando, ao final, com a conclusão do estudo feito, com forte apoio em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e análise de caso, considerando a importância de um estudo dirigido de forma crítica e interpretativa. A presente pesquisa apresenta, como conclusão, a existência de muitos desafios na concretização das garantias asseguradas aos idosos nos hospitais, dentre elas, o desrespeito à noção de dignidade para além da autonomia, à prioridade no atendimento, limitações no atendimento (higiene, medicamentos, alimentação), bem como, a inexistência de atendimento às necessidades prioritárias de cada paciente, por parte dos profissionais que atuam nos hospitais e acompanham o dia-a-dia das alas hospitalares.

Palavra-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Estatuto do Idoso.

INTRODUÇÃO

O maior patrimônio de uma instituição, seja ela pública ou privada, são as pessoas que dela fazem parte. Algumas, responsáveis por tarefas de maior complexidade; outras, por tarefas não tão complexas, mas igualmente importantes, integrando uma estrutura de interconexões unidas com o mesmo objetivo em comum.

Nos casos que envolvem a prestação de serviços de saúde, a necessidade de um cuidado especial e de preparo especializado para as diversas funções é imprescindível, especialmente no âmbito hospitalar, mais que uma necessidade, um dever. Este dever

¹ Advogada (OAB/RS 92.940). Especialista em Relações Internacionais. Pós-graduanda em Direito Processual (PUC/MG). Graduada em Direito pela Unisinos. E-mail: debbie-bos@hotmail.com

envolve um cuidado sistematizado, que leve em conta as necessidades de cada paciente, a dignidade da pessoa humana, o acesso à informação e ao diálogo.

O conceito de saúde deve ser compreendido na contemporaneidade para além da necessidade, terminologia esta que remete a algo que é apenas necessário e não essencial. A (boa) saúde é muito mais do que uma necessidade. Dentro desta ótica, a saúde é um direito fundamental assegurado num dos mais importantes diplomas legais: a Magna Carta de 1988.

Os problemas que ocorrem em hospitais e órgãos de saúde, públicos ou privados, não são uma preocupação recente, sendo corriqueiros os casos de falta de assistência, apoio e, principalmente, problemas estruturais. Os problemas estruturais não se restringem aos aspectos materiais, mas também (e principalmente) humanos. Com a idade, naturalmente, os cuidados vão se tornando cada vez mais fundamentais. A presente pesquisa revela que os idosos são as grandes vítimas da falta de atendimento adequado realizado pelos hospitais.

Nas páginas a seguir, procura-se desenvolver a questão, revelando a importância de que as demandas individuais envolvendo idosos sejam conjugadas com a efetividade dos dispositivos constitucionais e do Estatuto do Idoso.

1. O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A GARANTIA AO ACESSO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma das Constituições mais avançadas do mundo, pelo conteúdo emanado em seus artigos, enfatizando a supremacia de valores essenciais aos cidadãos, em especial, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde está assegurado no art. 6 como direito social fundamental. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana se encontra estabelecida no art. 1, III, da Magna Carta, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Para evitar equívocos, é importante assinalar que entre estes dois direitos há uma relação de copertença, pois, a indiscutível proteção constitucional à dignidade da pessoa humana irradia os seus efeitos protetivos no direito à saúde.

O reconhecimento do direito à saúde como direito social não se trata tão somente de reconhecimento formal, pelo contrário, significa que o Estado deve realizar prestações

positivas, com a finalidade de formular políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196).²

Além da Magna Carta, o direito sanitário encontra normas protetivas em leis específicas relacionadas à saúde, portarias, protocolos, regulamentos, que devem se adequar às disposições constitucionais.

Para o senso comum, em momento civilizatório anterior, a saúde compreendia a cura da doença. Não era adotada uma compreensão abrangente tal como a que temos nos dias de hoje onde, originada do Direito Internacional (Organização Mundial de Saúde)³, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde.

Em outras palavras, direito à saúde não abrange mais, necessariamente, a cura da doença, podendo, em muitos casos, ser assegurada uma melhora na qualidade de vida. Essa mudança decorre da evolução do conceito de saúde, compreendendo essa terminologia não mais como a ausência de doença, mas como o *completo* bem-estar físico, mental e social do ser humano.

A Constituição Federal de 1988 não delimita o objeto do direito à saúde, isto é, não especifica se abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde (atendimento médico-hospitalar, odontológico, fornecimento de todo tipo de medicamento indicados, realização de exames de qualquer natureza, fornecimento de aparelhos dentários, aparelhos auditivos, próteses, óculos, dentre outras prestações).

Em razão dessa indefinição, Ingo Sarlet entende que compete ao legislador federal, estadual e municipal, no limite de sua competência, elaborar normas voltadas para a concretização do direito à saúde, em consonância com a Constituição Federal, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, nos casos em que for acionado.⁴

Cabe mencionar que, em observância ao dever do Estado de criar órgãos responsáveis para atuarem na defesa dos direitos fundamentais; tendo em vista a necessidade de

² MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.

³ A Organização Mundial da Saúde delineou este conceito mais abrangente.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 10/09/2015, p. 15.

organização e procedimento, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao SUS, conforme os arts. 198 a 200 a coordenação e execução de políticas na área da saúde brasileira

Outros dois artigos fundamentais são o art. 229 e o art. 230. O primeiro afirma que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. No caso do artigo seguinte, também da Constituição Federal de 1988, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. O dever de amparo inclui o direito à saúde, eis que intimamente ligado à vida.

Superada a conceituação sobre o direito à saúde cabe refletir sobre o conceito do que é dignidade humana. Roberto Andorno afirma que é precisamente quando temos presentes os piores sofrimentos como torturas, tratamentos degradantes, privação de alimentos e condições, dentre outros, que compreendemos o que significa a dignidade da pessoa.⁵

Trata-se, pois, da raiz comum dos direitos e é, justamente no pensamento de Kant que se encontra a noção extensiva de dignidade, pela qual se cada ser humano possui um valor intrínseco, o gênero ao qual pertence (humanidade) também possui um valor inerente.⁶

Na formulação kantiana, os seres racionais se chamam pessoas: “porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”.⁷

A preocupação da comunidade internacional fixou obediência ao princípio da dignidade humana, como ideia diretriz dos dilemas bioéticos, enfrentados pela medicina.

Para além de uma expressão “mágica”, capaz de resolver os problemas instantaneamente, necessita de efetividade prática. Em síntese, portanto, pode-se dizer que as pessoas têm dignidade humana, por ser ela uma característica intrínseca aos seres

⁵ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?. *Bioética e Responsabilidade*. Orgs. Judith Martins Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

⁶ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?. *Bioética e Responsabilidade*. Orgs. Judith Martins Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 82.

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 140.

humanos. Isso significa que a dignidade não tem equivalente, pois quem tem preço são as coisas e não as pessoas.⁸

2. DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS NO ESTATUTO DO IDOSO

O Estatuto do Idoso, disciplinado na Lei nº 10.741/2003, reconhece o envelhecimento como um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social (art. 8). Trata-se de um diploma legal que estabelece um tratamento específico para uma determinada categoria: os idosos, assim consideradas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Analisando os artigos do EDI, correlatos ao tema em análise, verifica-se que o art. 2 afirma que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Na sequência, o art. 3 afirma que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Com o advento do Estatuto do Idoso, em 2003, fixou-se, no art. 3, a garantia de prioridade de atendimento aos idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Mais recentemente, em 2017, a Lei nº 13.466 acrescentou o parágrafo 2º no art. 3, estabelecendo garantia de prioridade especial aos idosos com idade superior a 80 (oitenta) anos.

No art. 4, vê-se disposição estabelecendo que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, serão punidos na forma da lei. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei, conforme preceitua o art. 5.

⁸ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?. *Bioética e Responsabilidade*. Orgs. Judith Martins Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 84.

Além disso, todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento (art. 6). O nome dessa figura jurídica é “*delatio criminis*”. Ou seja, trata-se do dever de notificar suspeita ou confirmação de violência e que encontra previsão no art. 19.

O art. 8 e seguintes tratam dos direitos fundamentais. Dentre eles, cite-se o a) direito à vida (envelhecimento, proteção à vida e à saúde, art. 8 e 9), b) direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (art. 10), c) direito à saúde (art. 15-19) estabelecendo dentre outras disposições, o direito a acompanhante, devendo o órgão proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico (art. 16).

No caso dos direitos reconhecidos nesta lei serem ameaçados ou violados pela a) ação ou omissão da sociedade ou do Estado, b) por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento ou c) em razão de sua condição pessoal, assegura o art. 43, a aplicabilidade das medidas de proteção, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 44).

Há, ainda, a possibilidade de criminalização de determinadas condutas perpetradas contra os idosos que se encontram tipificadas nos arts. 96 a 108. Cite-se como crime em espécie a conduta de “retardar ou dificultar sua assistência à saúde (art. 97), estabelecendo pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa, podendo ser aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Um segundo exemplo é o art. 99 que criminaliza a conduta de “expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado”. Nesse caso, a pena, também de detenção, é de dois meses a um ano e multa, podendo haver aumento no caso de lesão corporal de natureza grave (reclusão de 1 a 4) ou morte (4 a 12 anos).

3. OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS ASSEGURADAS AOS IDOSOS E A SUA EFETIVIDADE PRÁTICA NO ÂMBITO HOSPITALAR

Pela análise dos direitos fundamentais elencados no Estatuto do Idoso, constata-se que há uma interrelação entre eles, visto que em maior ou menor medida, todos se relacionam com o direito à saúde e a concepção extensiva de dignidade. Contudo, em que pese a

existência de normativa nacional e internacional, enfrentam-se desafios para a plena implementação das garantias aos idosos, no âmbito hospitalar.

Um dos desafios diz respeito ao resguardo da dignidade humana. A noção de dignidade na prática médica tem, aparentemente, valor reduzido para Ruth Macklin, para quem a noção de dignidade humana seria um “*conceito inútil*”, propondo o abandono desse princípio, por parte de médicos e enfermeiras.⁹

Essa bioeticista afirma que a dignidade nada mais seria que apenas o respeito à *autonomia da pessoa*, consubstanciada na exigência de consentimento informado, a proteção da confidencialidade dos pacientes e a necessidade de evitar discriminações e práticas abusivas em relação a elas.¹⁰

Contudo, a dignidade não se restringe à autonomia da pessoa, pois um médico ou enfermeira pode tratar um paciente com respeito, na forma que Ruth Macklin descreve e, entretanto, não o tratar com a dignidade que o paciente merece. Nesse sentido, Stephen Taylor: “Tenho visto muitos formulários de consentimento informado que foram preenchidos por pacientes tratados de um modo pouco conforme a sua dignidade”.¹¹

Não há dúvida de que a autonomia é um valor fundamental e que seu livre exercício deve ser respeitado. Entretanto, a dignidade é algo que vai para além do exercício da autonomia. Como dito por Ford (2003, p. 32):

O ser humano está dotado de dignidade precisamente porque é um sujeito de natureza racional. O indivíduo pertencente a uma natureza racional possui um valor primordial e fundamental, independentemente de a pessoa ter ou não a capacidade para atuar de modo autônomo, por exemplo, um recém-nascido ou um paciente inconsciente.¹²

A importância do princípio da dignidade humana no campo médico é tão elevada que alguns autores como Noëlle Lenoir e Bertrand Mathieu, qualificam-no como princípio chave da bioética.¹³ Não é por outra razão que este princípio se encontra insculpido em importantes

⁹ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?. *Bioética e Responsabilidade*. Orgs. Judith Martins Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 88.

¹⁰ MACKLIN, Ruth. **Dignity is a useless concept**. In: *British Medical Journal*, v. 327, p. 1419, 2003.

¹¹ TAYLOR, Stephen. **Reduction ad absurdum**. In: *British Medical Journal*, 19 de dezembro de 2003, p. 32.

¹² M. FORD, Norman. **Human dignity is fundamental**. In: *British Medical Journal*, 24 de dezembro de 2003.

¹³ LENOIR, Noëlle y MATHIEU, Bertrand. **Les norms internationales de la bioéthique**. Paris: PUF, 1998, p. 16.

instrumentos internacionais como a Declaração da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e a Convenção de Oviedo.

No campo médico existem numerosos exemplos em que o respeito à dignidade adquire especial importância: quando é feita a higienização dos pacientes idosos, quando as roupas de cama são trocadas quando se constata que está tudo molhado (por vazamento de soro, por exemplo), quando os remédios são ministrados nos horários e pelos responsáveis (médicos e enfermeiros), quando há uma atenção especial às suas necessidades como as cobertas (um idoso sente, naturalmente, mais frio, possuindo necessidades por vezes, mais urgentes que outras pessoas), dentre outras situações. Sobre o tema, interessante a réplica de Baker (2003, p. 42):

Macklin adota um ponto de vista demasiado estreito (...). Se bem [a dignidade] se relaciona com a autonomia, vai além deste conceito. O respeito à dignidade (...) adquire especial importância no cuidado que oferece a um paciente terminal, sobretudo aquele que já não possui nenhuma autonomia, mas que ainda merece ser tratado com respeito. Quando higienizamos um paciente terminal em vez de deixa-lo sujo, quando tratamos com cuidado o corpo, uma vez produzida a morte, é a dignidade da pessoa o que estamos respeitando.¹⁴

Essa noção de dignidade para além da autonomia é um desafio para a concretização das garantias asseguradas aos idosos, pois não vêm sendo respeitada no âmbito hospitalar.

Tal argumentação é corroborada pela análise de caso e pela jurisprudência. Em um determinado caso analisado, relataram-se uma série de intercorrências que refletem os desafios de efetivação de direitos dos pacientes idosos, dentre elas, cite-se: (a) inexistência de lixeira separando o lixo seco do orgânico, (b) ausência de cobertores suficientes, (c) “papagaio” com aço enferrujado por dentro, o que pode acabar gerando contaminação, (d) falta de disposição por parte das enfermeiras em realizar o banho no paciente, (e) enfermeiras que não ministravam os remédios e nem realizavam as nebulizações, (f) ausência de funcionários em número suficiente para atender o elevado número de pacientes (uma enfermeira por andar, durante o dia e duas pela noite), (g) resistência no atendimento preferencial em estabelecimentos prestadores de serviços à população como hospitais, (h) limitação de 1 (um) rolo de papel higiênico por quarto, independente das necessidades do paciente, dentre outras.¹⁵

¹⁴ BAKER, Idris. **Dignity is not useless.** In: British Medical Journal, 24 de dezembro de 2003, p. 42.

¹⁵ SILVA, Débora Bós e. **A negação da dignidade humana.** In: Lições Críticas: Direito, Estado e Sociedade. Org. Bianka Adamatti, André Luiz Silveira de Lima Júnior, Débora Bós e Silva, 1.ed, Porto Alegre: Editora Visão, 2015, p. 320.

Na ocasião, o hospital negou, de imediato, o fornecimento de acompanhante, mesmo tendo a família sustentado a aplicação do art. 16 do Estatuto do Idoso que afirma:

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico. Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.

Essa proteção imposta pelo Estatuto do Idoso decorre da condição de vulnerabilidade da pessoa idosa. É importante salientar que, em um dos casos analisados, na troca de acompanhantes, o setor responsável sequer se colocou à disposição para facilitar ou alcançar o café da manhã para o paciente. Todas as ações necessárias para a acomodação do paciente eram terceirizadas ao acompanhante, inclusive o controle dos medicamentos, quando tal atribuição, na verdade, integra a responsabilidade das enfermeiras. Pertence às enfermeiras a responsabilidade de controlar os horários, bem como, informar o médico responsável se o paciente está cumprindo com o tratamento realizado.

Há que se considerar que os remédios ingeridos fora do horário apresentam eficácia reduzida e prejudicam a pronta recuperação do enfermo. Além disso, pode acarretar no insucesso da pronta recuperação do paciente.

Os hospitais entendem que na terminologia “*condições adequadas*” estão incluídas apenas o pernoite do acompanhante e as três refeições, o que está em discordância com o que vem entendendo o TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. RESSARCIMENTO COM DESPESAS DE ACOMPANHANTE TERAPÊUTICO. DESPESAS PROCESSUAIS.

1. A Constituição Federal prevê a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação dos serviços de saúde, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para responder às demandas que visam o fornecimento gratuito de medicamento, exame ou tratamento médico. (...)

As provas dos autos indicam a impossibilidade da genitora de acompanhar sua filha, em razão da relação extremamente conflituosa havida entre elas. Ainda, a genitora cuida de duas netas, o que dificulta em muito o deslocamento para outro município a fim de possibilitar que sua filha possa ter contato com aquelas.

Não é razoável obrigar a paciente de ter de peregrinar entre municípios para obter acompanhamento terapêutico quando o apelante não demonstra maiores dificuldades em fornecer tal serviço no Município de Ijuí, sendo correta a determinação de fornecimento desse. 5. A parte autora comprovou as despesas que teve com o serviço de acompanhamento, sendo devido o ressarcimento.

Salienta-se, também, que, pela análise de jurisprudências do TJRS constatou-se que, muitas ações vêm sendo ajuizadas para assegurar a concessão de tratamento de saúde multidisciplinar domiciliar (*home care*)¹⁶ aos idosos, com doenças incapacitantes (ou não). Do mesmo modo, têm sido constantes ações judiciais pleiteando o fornecimento de fraldas geriátricas e medicamentos, para fins de garantir o direito fundamental a vida e à saúde do cidadão idoso.¹⁷

A omissão, seja dos entes públicos ou privados, em assegurar um tratamento digno ao idoso acontece de maneira ainda mais acentuada, quando envolve paciente dependente. À guisa de exemplificação, cite-se o caso do idoso, portador de seqüela de Acidente Vascular Cerebral e Parkinson, que recebeu baixa hospitalar, quando deveria ter recebido assistência por meio de cuidados diários de administração de medicamentos, alimentação, higiene. Tal assistência, neste caso, era necessária, considerando o comprometimento da mobilidade, sendo o idoso completamente dependente para as atividades básicas da vida diária.¹⁸

Diante da análise de caso e de jurisprudências, verifica-se que há um descompasso entre o que se “assegura” e o que “efetivamente” ocorre nos leitos e corredores hospitalares, gerando uma série de prejuízos ao idoso e seus familiares/acompanhantes. Cabe recordar que as disposições do Estatuto do Idoso asseguram com absoluta prioridade a efetivação da saúde, alimentação, dignidade e respeito, o que não foi observado em diversas situações acima mencionadas. Em outras, apenas após muita insistência o que não deveria ter ocorrido, pois direitos são direitos, não deveriam ter que ser exigidos constantemente.

O não-alcance das refeições, a limitação de condições mínimas de higiene, o pouco interesse na higienização e a atribuição de responsabilidades de ordem médica, não deixam de ser condições atentatórias à dignidade humana. Mesmo com a pouca ou falta de autonomia, todos os pacientes merecem ser tratados com dignidade, que gera, inexoravelmente, um dever de respeito.

¹⁶ Agravo de Instrumento Nº 70079601316, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 27/02/2019.

Agravo de Instrumento Nº 70078278876, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 14/11/2018.

¹⁷ Apelação Cível Nº 70079135034, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 10/10/2018.

¹⁸ Apelação Cível Nº 70078888104, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 26/09/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao refletir sobre os desafios provocados nos hospitais, para a concretização das garantias asseguradas aos idosos, constata-se que os idosos não têm tido a tão sonhada prioridade de atendimento médico e, principalmente, qualidade no tratamento buscado, muitas vezes, em setores de internações hospitalares. São pessoas invisíveis, cuja atenção só lhes é devidamente dada em situações quase extremas.

A dignidade humana é intocável. Para além da manifestação de autonomia, se traduz na mudança de atitude, sendo na prática médica mais que uma questão técnica. Dito de outra maneira, o enfermo “deixa de ser um caso do qual há que se ocupar, para se tornar uma ‘pessoa’, ou seja, um ser único e inefável que necessita ser acompanhado em seu padecimento”.¹⁹ A idade não deve ser motivo de discriminação, desprezo ou qualquer forma de tratamento desumano e degradante.

Há que se considerar, portanto, que a prioridade deve ser o paciente e não a burocracia que prevalece em inúmeros estabelecimentos de saúde.

Em virtude do que foi mencionado, muito trabalho há que ser feito, para que as condições humanas e estruturais sejam melhores nestes estabelecimentos. É imperioso que cada indivíduo que possui uma determinada atribuição não se exima de sua atividade.

Para que as mudanças se concretizem, é preciso compreender cada pessoa em sua singularidade, tratando cada um com dignidade, contribuindo com o bem-estar físico e psíquico de cada pessoa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). **Código Civil Comentado**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

ANDORNO, Roberto. **“Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? Bioética e Responsabilidade**. (Orgs. Judith Martins Costa e Letícia Ludwig Möller). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹⁹ANDORNO, Roberto. **“Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? Bioética e Responsabilidade**. Orgs. Judith Martins Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação.** In: Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo), v. 94. 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição.** São Leopoldo: Editora Unisinos. 2003.

BAKER, Idris. **Dignity is not useless.** In: British Medical Journal, 24 de dezembro de 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 21. ed., 1. v. São Paulo: Saraiva. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

LENOIR, Noëlle y MATHIEU, Bertrand. **Les norms internationales de la bioéthique.** Paris: PUF, 1998.

MACKLIN, Ruth. **Dignity is a useless concept.** In: British Medical Journal, v. 327, p. 1419, 2003.

M. FORD, Norman. **Human dignity is fundamental.** In: British Medical Journal, 24 de dezembro de 2003.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 10 set. 2015, p. 15.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Débora Bós e. **A negação da dignidade humana.** In: Lições Críticas: Direito, Estado e Sociedade. Org. Bianka Adamatti, André Luiz Silveira de Lima Júnior, Débora Bós e Silva, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Visão, 2015.

TAYLOR, Stephen. **Reduction ad absurdum.** In: British Medical Journal, 19 de dezembro de 2003.

TJ-RS - **AC: 70060056421 RS**, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 02/07/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/07/2014.

TJ-RS - **Agravo de Instrumento N° 70079601316**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 27/02/2019.

TJ-RS - **Agravo de Instrumento N° 70078278876**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 14/11/2018.

TJ-RS - **Apelação Cível N° 70079135034**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 10/10/2018.

TJ-RS - **Apelação Cível N° 70078888104**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 26/09/2018.

O IMPEDIMENTO JUDICIAL DA GUARDA COMPARTILHADA RESULTA EM FILHOS ÓRFÃOS DE PAIS VIVOS

Delma Silveira Ibias¹

RESUMO: O presente artigo aborda o instituto da guarda compartilhada, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.058/2014 e a análise do estabelecimento desse tipo de guarda/convivência, independentemente, da existência de uma relação harmoniosa entre os genitores da criança e/ou do adolescente, quando findo o relacionamento.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada - Lei nº 13.058/2014 – Aplicabilidade, Convivência, Filhos do Divórcio.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os pais como titulares do poder familiar têm o direito de ter consigo os filhos menores, pois só desta forma podem orientar a formação e a educação da sua prole em toda a sua extensão, e na eventualidade de dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio direto consensual, dissolução de união estável ou em medida cautelar, ordena o artigo 1.584, inciso I, do Código Civil², seja observado o acordado pelos cônjuges sobre a guarda dos filhos.

Na hipótese do divórcio litigioso ou dissolução de união estável litigiosa sem acordo quanto à guarda dos filhos, será aplicada a guarda compartilhada, conforme determina o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.058/2014, sendo que dita previsão legal se enfatiza:

¹ **Delma Silveira Ibias**, Advogada atuante nas áreas do Direito de Família e das Sucessões, Civil e Empresarial; Sócia da **Ibias & Silveira- Sociedade de Advogados**; Mestre em Direitos Humanos pela **UNIRITTER** - Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil pela **UFRGS** - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Processual Civil pela **ABDPC** -Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Vice-Presidente do **IBDFAM/RS** - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, Diretora do **IARGS** - Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Ex-Presidente da Comissão da Mulher Advogada da **OAB/RS** - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Rio Grande do Sul, Ex-Conselheira Estadual da **OAB/RS**, Presidente da 9ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da **OAB/RS**, Professora de Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da **PUCRS** - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; da **FMP** - Fundação do Ministério Público do RS e da Pós-Graduação em Direito de Família Contemporâneo e Mediação da **FADERGS** - Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul; da **UCS** - Universidade de Caxias do Sul e autora de artigos em obras jurídicas de Direito de Família e Sucessões e outros. E-mails: delmaibias@ibiasesilveira.adv.br / dibias@outlook.com.br

² Art. 1.584 do Código Civil - A guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Art. 1.584, § 2º do Código Civil - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, **SERÁ aplicada a guarda compartilhada**, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (grifamos)³

Em face da alteração realizada pela Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014), imperioso fazer um breve resgate da situação normativa e do entendimento jurisprudencial anterior a essa lei, como forma de esclarecer os motivos pelos quais foi publicada essa nova legislação sobre a guarda conjunta.

Registra-se, que desde a década de 1970 a separação dos casais gerava a fixação da guarda unilateral para um dos genitores, na maior parte dos casos em favor da mãe dos menores, ficando o pai com o direito de visitar os filhos, geralmente, a cada 15 dias⁴.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e especialmente, a partir da valorização da presença da figura paterna na formação/educação dos filhos, começou-se a se repensar a forma do estabelecimento da guarda (geralmente, unilateral e conferida em favor da mãe) e iniciou-se o entendimento de que a guarda deveria ser compartilhada entre os dois genitores, pois o pai tinha direito de participar da formação do seu filho e este tinha o direito de conviver com o seu genitor⁵.

Registra-se, que o ponto principal da guarda é o interesse do filho, sua integral felicidade e nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira identifica os melhores interesses da prole nas diretrizes constitucionais dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e na sua origem estatutária (Estatuto da Criança e do Adolescente), porque que a autoridade parental se afastou inteiramente de um poder dos pais e de um dever dos filhos, dirigindo-se para uma relação onde os genitores devem tutelar a personalidade dos filhos e trabalhar para a construção da autonomia e responsabilidade⁶.

Para Eduardo de Oliveira Leite a noção dos *melhores interesses das crianças e adolescentes* não é tão simples de identificar, por ser conceito que sofre as influências das “estratégias empregadas pelos diferentes meios profissionais convocados para intervir no

³ Art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação da guarda compartilhada nas ações litigiosas. *In.*: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias: novidades polêmicas**. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 152.

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130.

campo familiar: magistrados, advogados, assistentes sociais, psicólogos, clínicos, psiquiatras”.⁷

O critério do *interesse do menor* só adquire eficácia quando examinada a situação de fato, a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos da casuística, tendo a jurisprudência permitido identificar algumas tendências no tocante às relações afetivas da criança e sua inserção no grupo social, como o apego ou a indiferença que ela manifesta em relação a um de seus genitores; o cuidado para não separar irmãos; as condições materiais, tais como o alojamento e as facilidades escolares e morais; o vínculo de afetividade entre o pai e o filho, seu círculo de amizades, ambiente social, qualidade de cuidados etc.⁸

Assim, não é sempre tão simples identificar onde residem *os melhores interesses do menor* na casuística das demandas a despeito de sua guarda judicial, porque existe um complexo de fatores a serem considerados pelo juiz, e cuja decisão não passa por sua exclusiva análise e avaliação, sendo de fundamental importância o decisor se socorrer dos conhecimentos técnicos de assistentes sociais, psicólogos e até psiquiatras, sem se omitir de ouvir o menor,⁹ em ambiente neutro,¹⁰ que não interfira sobre a inteligência do filho cuja guarda está sendo judicialmente disputada.

Não era e continua sendo nada infrequente que os juízes se deparem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição de guardador, muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, onde visam principalmente causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor.

Registra-se que o vocábulo *guarda* consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole, ou como refere Norberto

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p. 195-197.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p. 195-197.

⁹ Hipótese prevista no § 3º do artigo 161 do ECA.

¹⁰ CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano, uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 67. Segundo o autor, “que busca reduzir o dano durante a produção de provas em processos, sejam eles de natureza criminal ou civil, nos quais crianças e adolescentes são vítimas ou testemunhas, para que sejam garantidos seus direitos e sua condição de pessoa em desenvolvimento”.

Novellino,¹¹ tratar-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, através do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menores sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental.

A custódia decorre da lei, como consequência natural do poder familiar, dos direitos da tutela, da adoção,¹² ou até mesmo das circunstâncias fáticas. O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990), com as alterações da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, estabelece que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e acrescenta, no § 1º, que a guarda tem por destino regularizar a posse de fato, que se torna uma posse de direito, visando a atender aos superiores interesses da criança e do adolescente.

Têm os pais o direito de ter consigo seus filhos, para cuidá-los e vigiá-los, e, em contrapartida, têm os filhos a obrigação de viver em casa com seus progenitores, sendo dever dos pais dirigir a formação da sua prole, encaminhando-a para a futura vida adulta e social; e, uma vez sobrevindo a separação dos pais, a guarda dos filhos pode ser conferida a qualquer um dos genitores, podendo ser confiada também a terceiro. Havendo ruptura do casamento ou da união estável pela via consensual, será observado aquilo que os pais acordarem sobre a guarda dos filhos.

Reitera-se que historicamente a guarda dos filhos na hipótese de separação dos pais foi considerada como custódia individual, maciçamente outorgada à mãe, salvo raras e exceções e graves motivos, capazes de afetar os interesses do menor para ser conferida a guarda ao pai.

A preferência em favor da mãe para continuar com a custódia dos filhos na separação do casal era tida como razoável para o contexto social e familiar existente em um período em que a mulher não trabalhava fora do lar e costumava estar disponível para poder se dedicar inteiramente à casa e aos filhos, sendo deferido ao pai a faculdade de visitar seus filhos, via de regra, em fins de semana alternados.

¹¹ NOVELLINO, Norberto J. **Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial**. Buenos Aires: García Alonso, 2008. p. 30.

¹² OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006. p. 95.

Outro fator favorável à guarda materna decorria da idade dos filhos, pois era entendido que sendo pequenos, em tenra idade, tinham maior necessidade e dependência da companhia e presença da mãe. Embora a separação dos pais não lhes retire o poder familiar sobre os filhos, indubitavelmente reconhecer que o detentor da guarda física destes toma as decisões diárias acerca dos interesses da prole. Uma noção conjunta de decisões dos pais, velando por seus filhos, só era juridicamente concebida durante a harmônica convivência do ex-casal.

Todavia, com a instituição da guarda compartilhada, inicialmente aprovada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, quando o artigo 1.583 do Código Civil passou a adotar a versão da guarda compartilhada dos filhos comuns, e por conta da qual os pais, mesmo não mais morando sob o mesmo teto, dividiam a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Assim, a guarda compartilhada buscava resgatar esse ambiente de harmonização e de coparticipação ou cooperação dos pais na educação e formação de seus filhos comuns, no salutar propósito de não dar qualquer solução de continuidade no exercício efetivo do poder familiar, tão relevante no que respeita à educação e formação dos filhos e, desse modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos pais.

Ana Carolina Silveira Akel destaca que o maior pressuposto desse modelo de compartilhamento da guarda é o de manter os laços que uniam os pais aos filhos antes da ruptura da sociedade conjugal e que o desentendimento dos genitores não pode sob nenhuma forma prejudicar o seu relacionamento para com seus filhos.¹³

Conforme refere Dimas Messias de Carvalho, a guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e sigam responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando separados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais. A prática dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm com suas funções parentais e com as decisões relativas aos filhos menores e incapazes¹⁴.

¹³ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 104.

¹⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71.

Mister apontar que os defensores da custódia compartilhada argumentam ser uma das suas principais virtudes, a de garantir o direito de a criança relacionar-se com seus dois pais, reduzindo a área de conflito entre ex-consortes ou companheiros, ao eliminar uma disputa entre “ganhador e perdedor”¹⁵ e principalmente, com sua formulação, para que mãe separada não mais assuma sozinha o peso da criação, educação e formação dos filhos e reparta essa difícil e sempre complicada tarefa que têm os pais de criar seus filhos.

Ressalta-se, que com a separação dos pais a guarda compartilhada tem a função de preservar em condições de igualdade seus laços de interação com seus filhos, permanecendo o mais próximo possível do relacionamento existente durante a coabitação dos genitores. A guarda compartilhada reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e os do superior interesse da criança,¹⁶.

Todavia, nas ações propostas após a publicação da Lei nº 11.698/2008 existia muito litígio entre os genitores das demandas e isso fez com ocorressem fortes desentendimentos entre os pais no exercício da guarda.

Com isso, a aplicação da guarda compartilhada pelo Poder Judiciário de todo o país foi muito tímida, pois os julgados eram, em sua grande maioria, no sentido de que era difícil impor a guarda compartilhada por ordem judicial quando não existisse diálogo e cooperação entre os pais detentores do poder familiar, conforme refere Conrado Paulino da Rosa¹⁷.

Assim, os Tribunais passaram a aplicar o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, ao estabelecer que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que divulgue melhores condições para o exercício da custódia, detendo mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação.

Em face dessa circunstância, o Poder Judiciário vinha estabelecendo a guarda unilateral para um dos genitores (geralmente a mãe), ficando o outro genitor com o direito a visitas, pois os julgados eram fortes no sentido de que havendo conflito entre os pais ficava inviabilizada a fixação da guarda compartilhada, pois o julgador apontava que o litígio constante não era compatível com a guarda conjunta dos genitores, conforme se observa o teor do fragmento do seguinte julgado:

¹⁵ BANDERA, Magda. **Custódia compartilhada**. Espanha: Arcopress, 2005. p. 99.

¹⁶ BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Edições Bagaço, 2008. p. 35.

¹⁷ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65-68.

1. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 2. **Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.**¹⁸

Contudo, se um dos genitores não queria guarda compartilhada (geralmente a mãe), bastava gerar o conflito e assim não se aplicava esse instituto.

Como uma forma de “*combater*” esse entendimento jurisprudencial, associações de defesa de pais separados (como por exemplo: a ABCF - Associação Brasileira Criança Feliz¹⁹) passaram a defender no Congresso Nacional a criação de uma lei que alterasse o Código Civil e estabelecesse a guarda compartilhada como a regra para os casais que estão se separando/divorciando.

Então, no final do ano de 2014 foi publicada a Lei nº 13.058/2014, a qual alterou o art. 1.584 do Código Civil para estabelecer que a guarda compartilhada é a regra ao sistema e que ela pode ser requerida por consenso dos pais ou pode ser decretada pelo juiz, em atenção as necessidades dos menores e em atenção a distribuição de tempo de convivência do filho com o pai e com a mãe²⁰.

Portanto, é importante a análise do instituto da guarda compartilhada e se a Lei nº 13.058/2014 e se a aplicação impositiva da guarda compartilhada pelo Poder Judiciário contempla os melhores interesses da criança e/ou adolescente ao estabelecermos que esse tipo de guarda deve ser estabelecida, independentemente, de consenso entre os pais.

2. A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058/2014

¹⁸ Apelação Cível nº 70059147280, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, unânime, julgada em 16/04/2014 - grifamos.

¹⁹ A ABCF - Associação Brasileira Criança Feliz é uma associação que busca proteger os melhores interesses das crianças e dos adolescentes, através da implementação da guarda compartilhada e do combate à alienação parental. Informações do site: <http://criancafeliz.org/sample-page/a-associacao-brasileira-crianca-feliz-abcf/> acessadas em 26/05/2015.

²⁰ A Lei nº 13.058/2014 foi publicada em 22/12/2014 estabeleceu que mesmo quando houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder parental, deverá ser instituída a guarda compartilhada.

Em situação de normalidade matrimonial, ambos os pais são titulares do poder familiar e o exercem ao mesmo tempo, contudo, sobrevindo a separação do casal, tradicionalmente, a guarda era atribuída de forma unilateral, com ampla tendência para a custódia materna, especialmente quando os filhos ainda tinham pouca idade.

O divórcio dos pais não repercute nas regras de atribuição do exercício do poder familiar, que é exercido em conjunto com o outro genitor, cuja atividade compreende os aspectos pessoais e patrimoniais relacionados com a prole, mas é preciso indicar qual dos progenitores deverá exercer a guarda física dos filhos, encarregado dos cuidados diários da prole.

Como observa Fabiola Lathrop Gómez, em realidade, a guarda sempre foi compartilhada entre os pais, tanto em situações de normalidade matrimonial como nos casos de ruptura, só que na constância do relacionamento afetivo dos pais o exercício do poder familiar ocorre de forma simultânea, porque a custódia da prole é conjunta e na ocorrência da separação dos pais, seu exercício é sucessivo ou alternado.²¹

Na guarda compartilhada ou conjunta, os pais conservam mutuamente o direito de custódia e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados sua posse (divisão de tempo na companhia dos filhos).²² A noção de guarda conjunta está ligada à notícia de uma cogestão da autoridade parental, como aponta Waldyr Grisard Filho: “A guarda conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental (...) é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.”²³

É inquestionável que os pais sempre devem compartilhar suas responsabilidades para com os cuidados de seus filhos, assim procedendo com maior intensidade enquanto coabitavam, mas cuja responsabilidade não desaparece e talvez tenha de ser redobrada em razão da separação dos pais.

Fabiola Lathrop Gómez observa que a guarda compartilhada não está vinculada à repartição do tempo de permanência dos pais separados para com seus filhos comuns, mas que o compartilhamento da guarda se verifica pelo desenvolvimento de outras funções, que

²¹ GÓMEZ, Fabiola Lathrop. **Custodia compartida de los hijos**. Madrid: La Ley, 2008, p. 279.

²² CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp>> e acesso em 24/05/2015.

²³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: RT, 2000. p. 111.

passam pelo dever de velar pela prole, ou seja, pelo exercício do direito e dever de vigilância e controle dos filhos, e pelo dever de colaboração a ser observado pelos pais; tendo-os em sua companhia nos tempos distribuídos para as visitas, e com eles mantendo constante comunicação, não obstante a não convivência.²⁴

A noção de divisão de tempo de permanência dos pais separados em relação a seus filhos foi prontamente absorvida pela redação conferida ao artigo 1.584 do Código Civil, cujo inciso II afirma que o juiz tem o poder de distribuir o tempo dos filhos em conformidade com suas reais necessidades de convívio com cada qual dos pais, exatamente para que eles possam efetivamente participar da vida cotidiana dos filhos, cuja presença era relegada pela via exclusiva da guarda unilateral, devendo a guarda compartilhada ser compreendida como sendo o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns, porquanto, eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências, como infelizmente, muitos confundem com a guarda alternada, na qual se alternam ou se dividem os dias de permanência dos pais com seus filhos, daí ensina Silvio Neves Baptista “que a guarda conjunta não se confunde com a guarda alternada, consistindo esta na divisão do tempo de permanência dos pais com os filhos, de maneira a possibilitar que o filho conviva com um e com outro em períodos alternados de tempo”.²⁵

Portanto, a divisão de tempo prevista no art. 1.584, II do Código Civil não se constitui em uma divisão igualitária do tempo em que o filho ficará com o pai e com a mãe, mas sim que compete ao juiz distribuir o tempo de convivência de uma forma que contemple as necessidades das crianças e/ou dos adolescentes, pois não é saudável para os menores que eles não tenham vínculos com a sua residência, sendo que a ausência da designação de uma casa para os filhos dificulta que eles formem laços com o ambiente em que estão morando e isso é prejudicial para o desenvolvimento dos menores.

Como refere Fabiola Lahtrop Gómez, para bem entender o exato significado da expressão “guarda compartilhada”, lembrando, que a guarda conjunta quando ordenada ou organizada pelo desejo recíproco dos pais em estágio de separação, respeita a perfilhar as funções de cada ascendente com relação ao cotidiano e aos interesses gerais dos planos pessoais de cada dependente menor ou incapaz, ao que, segue a referida autora dizendo que

²⁴ GÓMEZ, Fabiola Lathrop. Ob. e p. cit.

²⁵ BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008. p. 30.

as decisões diárias sobre a vida, saúde, educação e outras questões relacionadas aos filhos comuns, deve adotá-las aquele genitor com quem o menor se encontra fisicamente, ou em cuja casa está morando no instante de adotar a medida pertinente. A guarda compartilhada, como expressão fidedigna do princípio de corresponsabilidade familiar implica que, as questões relativas à vida diária do filho passam a ser assumidas através de consulta, sem necessidade de habitar sob o mesmo teto e arremata que, “em uma sociedade globalizada, caracterizada pela proliferação de meios interpessoais de comunicação cada vez mais acessíveis e expeditos, não é necessária a concorrência física de ambos os pais para resolverem sobre matérias de caráter ordinário relacionadas com o menor”.²⁶

Destaca-se que Leila Maria Torraca de Brito conclamava para a urgente realização de amplo debate nacional visando à devida explicação do significado fático e jurídico da guarda conjunta, pois, para boa parcela dos operadores do Direito a guarda compartilhada “significa a divisão dos dias da semana nos quais cada pai permanece com os filhos”.²⁷

É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho e em troca das visitas decorrentes da separação dos pais, contudo, para que a guarda conjunta tenha resultados positivos faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educativa aos filhos criados por pais separados.

Nesse viés, Karen Nioac de Salles²⁸ afirma ser o objetivo da guarda conjunta o exercício em comum da autoridade parental em sua totalidade, estendendo aos pais as mesmas prerrogativas na tomada de decisões acerca dos destinos de seus filhos criados sob a ótica da separação dos pais.

Registra-se, que a Nova Lei da Guarda Compartilhada estabelece que o tempo de convivência com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos menores²⁹.

Inclusive, refere com propriedade Conrado Paulino da Rosa que a Lei nº 13.058/2014 veio em boa hora dirimir o mito do filho “mochilinha”, pois altera o tratamento equivocado

²⁶ GÓMEZ, Fabiola Lathrop. Ob. cit. p. 285.

²⁷ BRITO, Leila Maria Torraca de. Impasses na condição da guarda e da visitação – o palco da discórdia. In: **Família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002. p. 446.

²⁸ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 97.

²⁹ Nova redação dada ao § 2º do art. 1.583 do Código Civil dada pela Lei nº 13.058/2014.

realizado pela Lei nº 11.968/2008, a qual tratava equivocadamente de guarda compartilhada como guarda alternada³⁰.

Fique, portanto, plenamente clarificado não interessar a guarda compartilhada a quem estará sendo atribuída a custódia física do filho, como acontece na guarda unilateral, ou no seu arremedo de guarda alternada, pois na guarda conjunta não conta o tempo de custódia, tratando os pais de repartirem suas tarefas parentais, assumindo a efetiva responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos, e não só a um deles, como sucede na guarda unilateral.

3. A GUARDA CONJUNTA INDEPENDENTEMENTE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS

A Lei nº 11.698/2008 estabeleceu que a guarda compartilhada seria fixada pelo Poder Judiciário, sempre que possível e os julgadores³¹ passaram equivocadamente a entender que esse “sempre que possível” era quando houvesse acordo entre os genitores e assim, a guarda compartilhada passou a ser a exceção ao sistema e não a regra, pois grande parte dos divórcios litigiosos ou das dissoluções de união estável litigiosas havia ressentimento entre os genitores dos filhos e isso gerava brigas entre os pais. Ora, para os casos em que esse ressentimento não existia, os pais mantinham um diálogo natural e não havia a necessidade da fixação da guarda conjunta ou compartilhada, conforme refere Conrado Paulino da Rosa³².

Registra-se, que a nova redação do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, dada pela Lei nº 13.058/2014, não deixa dúvida de que a partir dessa alteração legislativa que a regra para a fixação da guarda é o compartilhamento da guarda e que o juiz DEVE aplicá-la e não

³⁰ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

³¹ “Guarda compartilhada. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido” (Apelação Cível nº 7000713382, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias, julgada em 29.10.2009).

³² ROSA, Conrado Paulino. A transição do “eu ganhei a guarda” para o compartilhamento da guarda como regra geral: primeiras reflexões sobre a Lei 13.058/2014 no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de prevenção à alienação parental. *In.*: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Um presente para construir o futuro: diálogos sobre Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015. p. 14.

PODE sempre que possível, como constava na redação anterior, conforme se constata da análise comparativa desses dispositivos legais:

Redação anterior do art. 1.584, § 2º do Código Civil - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que POSSÍVEL**, a guarda compartilhada. (grifamos)³³

Redação atual do art. 1.584, § 2º do Código Civil - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, **SERÁ aplicada a guarda compartilhada**, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (grifo nosso)³⁴

Inclusive, a expressão no dispositivo “sempre que possível” é que dava margem ao Poder Judiciário que não aplicasse a guarda compartilhada quando houvesse litígio entre os pais, pois o compartilhamento da guarda era incompatível com as brigas dos genitores e isso tornava Impossível o estabelecimento da guarda conjunta³⁵.

Essa interpretação começou a ser modificada com o julgamento de um acórdão paradigma da Min. Nancy Andrighi que apontou que a guarda compartilhada deveria ser fixada, **independentemente do consenso entre os genitores**, pois a guarda conjunta era o ideal a ser buscado no exercício do poder parental entre pais separados³⁶.

Então, a nova redação do artigo 1.584, § 2º do Código Civil, dada pela Lei nº 13.058/2014, não deixa mais dúvidas de que a guarda compartilhada é a regra na fixação da guarda de pais separados e que a mesma, somente, não poderá ser estabelecida se ficar demonstrado no processo que um dos genitores não possui condições (havendo riscos aos menores) de desempenhar o poder parental ou se um dos pais abrir mão da guarda conjunta.

Nesse sentido, começa se verificar a mudança de entendimento dos julgadores, conforme se depreende do teor da seguinte ementa:

³³ Art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008.

³⁴ Art. 1.584, § 2º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014.

³⁵ “Agravo de Instrumento. Guarda compartilhada. 1. Pequenas são as chances de bom êxito no estabelecimento de guarda compartilhada e, no caso dos autos, praticamente certo é o seu insucesso, uma vez que do relato da petição do recorrente se percebe as dificuldades em superar a ruptura da relação de casamento, em geral recoberta de mágoas e ressentimentos. 2. Esta circunstância faz fracassar a convivência pós-separação livre de conflitos e prejudica o projeto de guarda compartilhada que exige um nível de relacionamento ausente entre os litigantes. 3. O desejo paterno de convivência com os filhos e a consideração aos melhores interesses das crianças autorizam que seja ampliada a escala de visitas, com inclusão de um dia a mais por semana. Por maioria, deram provimento para ampliar o regime de visitação, vencida a presidente que dava provimento para instituir a guarda compartilhada” (Agravo de Instrumento nº 70014577217, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 10.05.2006).

³⁶ Recurso Especial nº 1.251.000-MG, 3ª Turma do STJ - Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Min. Nancy Andrighi, unânime, julgado em 23/08/2011.

(...) FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA. IMPROCEDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PROCEDÊNCIA. (...) 2. Considerando que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante. 3. **A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra.** Precedente do STJ. 4. Manutenção da sentença no ponto em que fixou como base de moradia a residência da genitora e regulamentou o convívio paterno-filial nos termos propostos pelo genitor, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.³⁷

Portanto, a regra a partir da nova redação do art. 1.584, § 2º do Código Civil é a guarda compartilhada e o Poder Judiciário, somente, poderá deixar de aplicá-la se incidir uma das duas exceções: a) inaptidão de um dos genitores para o exercício do poder familiar, sendo que essa falta de aptidão deve estar relacionada a um risco para o filho e b) declaração de um dos pais de que não deseja a guarda do menor.

Agora, cabe questionar se o estabelecimento da guarda compartilhada na ausência de consenso entre os genitores se tutelar o melhor interesse das crianças e/ou dos adolescentes, pois o exercício do poder parental de forma conjunta deve ser realizado para que sejam protegidos os melhores interesses dos menores e não para os interesses (muitas vezes não socorridos pela boa-fé) dos genitores³⁸.

Todavia, cabe aqui registrar, com profundo lamento, que alguns julgadores, permaneçam, apesar de tudo o que se colocou anteriormente, com o pensamento no passado, desconforme da realidade e à margem da legislação, entendendo que para a guarda compartilhada ser possível, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. Daí questiona-se, mas onde estão essas separações haja vista que, de cada dez separações/divórcios, apenas dois são com marcas de consensualidade, e estes não necessitam da fixação de regras pelo

³⁷ (Apelação Cível nº 70061663670, 8ª Câmara Cível do Estado do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgada em 09/04/2015 - grifo nosso)

³⁸ MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. In.: IBIAS, Delma Silveira (coord.). **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais**. Porto Alegre: IBDFAM/RS - Letra&Vida, 2013. p. 130-131.

judiciário, pois agem com maturidade, respeito e sabedoria, e estabelecem as regras de convivência entre o ex-casal e sua prole?

O problema reside nas outras oito separações/divórcios com alto grau de beligerância, onde é imprescindível a intervenção severa da justiça e daí o que vemos, lamentavelmente, são as decisões arcaicas, afirmando que, para ser possível a guarda compartilhada, tem de haver uma relação marcada pela harmonia entre o ex-casal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DE ACORDO. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA GUARDA DE FATO. GUARDA MATERNA. CABIMENTO.

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja proveitosa para o infante, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, o que incorre *in casu*, onde há intenso grau de beligerância entre as partes, diante da mudança de domicílio da genitora, por motivos profissionais. 4. Se a moradia das filhas sempre foi a da casa materna, cabível a mudança das infantes juntamente com a genitora para o Estado de Santa Catarina, onde se encontram matriculadas, em escola da mesma rede da que frequentavam em Porto Alegre e onde são beneficiárias de bolsa de estudo, mantendo-se as visitas livres ao genitor. Recurso provido.³⁹

Destarte sabido que o genitor guardião (geralmente a mãe, e isto sem nenhum preconceito, mas baseado nas estatísticas), ciente desse anacrônico entendimento, jura de pés juntos à frente do julgador, que não existe a mínima cordialidade e harmonia entre o ex-casal, e, por isso, a guarda deve ser unilateral, já que se odeiam e que o outro genitor trata-se de uma pessoa com um imenso novelo de defeitos, todos prejudiciais à saúde mental e ao bom desenvolvimento do filho, (defeitos estes, somente vistos agora no momento da separação, apesar de um longa convivência e da eleição de genitor do filho), e que não existe uma única chance de virem a dialogar.

Esse genitor de posse da guarda unilateral, fomenta e transforma uma insignificante discussão em um cavalo de batalhas, geralmente registrando vários boletins de ocorrência

³⁹ Agravo de instrumento nº 70077039741, Sétima Câmara Cível do TJRS, relator SergioFernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 30/05/2018).

na delegacia de polícia e agindo consciente ou inconscientemente, de forma a fomentar os altos índices de alienação parental.

Nessa mesma fronteira de entendimento e sob a pálida alegação de que “em que pese a guarda compartilhada ser entendida como regime a ser aplicado entre pais separados, o contexto retratado aos autos evidencia a beligerância entre os genitores, incompatível com o mínimo de consenso exigido para a deliberação conjunta acerca da criação e educação da filha menor”, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA. IMPOSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS.

I - Em que pese a guarda compartilhada ser entendida como regime a ser aplicado entre pais separados, o contexto retratado aos autos evidencia a beligerância entre os genitores, incompatível com o mínimo de consenso exigido para a deliberação conjunta acerca da criação e educação da filha menor, estando a genitora com melhores condições, no momento, para o exercício da guarda.

II – Readequadas as visitas em razão do horário de serviço do agravante.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.⁴⁰

Não obstante isso, outros argumentos perfilados servem de sustentáculos para indeferir a aplicação da guarda compartilhada, como constata-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. GUARDA COMPARTILHADA FIXADA NA ORIGEM. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. MAJORAÇÃO EM FAVOR DO FILHO MENOR E FIXAÇÃO EM PROL DA EX-COMPANHEIRA. DESCABIMENTO. GUARDA COMPARTILHADA.

A guarda compartilhada deve ser **deferida sempre que demonstrada sua conveniência em prol dos interesses do filho menor, exigindo-se, para tanto, harmonia entre os genitores, mesmo na separação, e real disposição em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação da prole, com vista à sua adaptação à separação com o mínimo de prejuízo. A presença de conflitos intransponíveis entre os genitores inviabiliza o estabelecimento da guarda compartilhada na situação em exame, por não atender ao melhor interesse da criança, impondo-se o deferimento da guarda unilateral à genitora, mantido o arranjo de visitação paterna estabelecido no grau de origem. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FILHO MENOR. Para que a obrigação alimentar provisória seja majorada, em sede de tutela provisória, é necessário venham aos autos elementos suficientes de convicção a justificar a necessidade premente de redefinição do quantum. Caso concreto em que os agravantes não comprovam a capacidade financeira do alimentante, neste momento processual, para fazer frente a alimentos provisórios superiores aos fixados na origem. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA. Para que os alimentos provisórios em favor da ex-companheira sejam fixados, em sede de tutela de urgência, necessária se faz não só a prova das suas necessidades e dependência econômica, bem como das possibilidades do**

⁴⁰ Agravo de instrumento nº 70077455822, Sétima Câmara Cível do TJRS, relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 20/06/2018).

alimentante, o que não ocorreu no presente caso. Situação dos autos que recomenda dilação probatória para que restem esclarecidas as reais circunstâncias do caso concreto, inclusive no tocante à alegada dependência econômica. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.⁴¹

O tempo dirá se a guarda compartilhada fixada a pais que não tenham consenso e que possuam uma relação belicosa é a melhor alternativa para esses casos ou não, ressaltando que a situação anterior não poderia permanecer, vez que a convivência entre pai e filho (maioria expressiva das guardas unilaterais são maternas) e o exercício do poder parental pelo pai deve ser buscado sempre, eis que não se admita mais o pai de programas restritos a *fast food* ou visto como um mero visitante, conforme aponta com brilhantismo Conrado Paulino da Rosa⁴².

Destaca-se, que os operadores do processo judicial não devem permitir que a Lei da Guarda Compartilhada seja utilizada para outros interesses, que não os do compartilhamento do poder parental. Frisa-se, que essa importante alteração legislativa não deve ser aplicada para tentar reduzir o pagamento dos alimentos, pois é previsível que aporem muitas demandas pleiteando a divisão do tempo em 50% para cada genitor e conseqüentemente, com pedido de exoneração ou redução da verba alimentar, em face de que o menor ficará menos tempo na companhia do então detentor da guarda unilateral.

O viés econômico na fixação ou não da guarda compartilhada, também, pode ser visualizado na nova redação do § 5º⁴³ do art. 1.583 do Código Civil, dada pela Lei da Guarda Compartilhada (nº 13.058/2014), o qual estabelece que, se a guarda for unilateral, o genitor que não a possua será parte legítima para requerer a prestação de contas dos assuntos relacionados aos menores, leia-se: prestação de contas dos alimentos recebidos.

Claro que a supervisão da forma pela qual o genitor (geralmente a mãe) administra os alimentos pagos pelo outro genitor (geralmente o pai) para a subsistência e educação do

⁴¹ **Agravo de Instrumento nº 70079190906, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 31/10/2018.**

⁴² ROSA, Conrado Paulino. A transição do “eu ganhei a guarda” para o compartilhamento da guarda como regra geral: primeiras reflexões sobre a Lei 13.058/2014 no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de prevenção à alienação parental. *In.*: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Um presente para construir o futuro: diálogos sobre Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015. p. 17.

⁴³ Art. 1.583, § 5º do Código Civil – A guarda unilateral obriga o pai e a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (redação dada pela Lei nº 13.058 de 22/12/2014).

filho é de extrema importância para a tutela dos menores, mas isso não pode ser utilizado como uma forma de atingir o seu ex-consorte.

Acredita-se que esse não é o melhor caminho a ser seguido pelo importante instituto da guarda compartilhada e os atores do processo devem ser prudentes ao estabelecer o compartilhamento da guarda, sendo que o principal objetivo é a divisão das decisões inerentes ao poder familiar e não somente os custos de sua manutenção e sustento.

Portanto, a atual Lei da Guarda Compartilha é muito bem vinda ao nosso ordenamento pátrio e a mesma passou a ser a regra para o estabelecimento da guarda de filhos de pais separados, independentemente da existência ou não de uma relação harmoniosa entre os genitores, cabendo aos seus operadores aplicar essa nova normatividade com prudência e cautela, voltados os olhos para o melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da guarda compartilhada sofreu uma grande modificação legislativa no final do ano de 2014 e, por isso, compete aos operadores do direito interpretar essas modificações introduzidas pela referida Lei nº 13.058/2014, com o intuito de adequá-la aos melhores interesses dos filhos.

Portanto, a regra para a definição da guarda é a forma compartilhada e para que ela não seja aplicada deve ocorrer, pelo menos, uma das exceções, quais sejam: um dos genitores não possuir condições de exercer o poder parental (existindo algum risco ao menor) ou um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda compartilhada, deixando o outro genitor com a guarda unilateral da prole.

A guarda compartilhada, também denominada de guarda conjunta, deve ser o compartilhamento das atribuições do poder familiar e não deve ser interpretada como uma mera divisão de tempo de convivência dos menores com seus pais, pois o estabelecimento equilibrado do tempo deve ser aplicado pelo juízo em atenção às peculiaridades de cada caso e em respeito ao melhor interesse dos menores.

Frisa-se, que a criança (em especial) e/ou adolescente deve estabelecer laços com a sua moradia e o estabelecimento de uma convivência de tantos dias na casa da mãe e tantos dias na casa do pai, para que se proceda a divisão igualitária do tempo, frequentemente, não

respeita os melhores interesses dos filhos, eis que os mesmos tornam-se um pêndulo, indo de um lado a outro sem fixar seu vínculo de pertencimento a sua casa e sem formar vínculos de amizades com seus vizinhos.

Não obstante a isso, o que deve ser compartilhado é o poder parental e deve ser propiciado que o guardião que não seja o detentor da casa de referência do menor, tenha a possibilidade de conviver com este da forma mais ampla e prudente possível, através do convívio em determinados dias da semana ou através dos contatos de levar ou buscar o filho nas atividades escolares, extraclasse ou de lazer, por exemplo.

Resta cristalino que para melhor atender os interesses e o mais amplo desenvolvimento da criança, não deve ocorrer a divisão salomônica do filho como se cada genitor tivesse o direito a ficar exatos 50% do tempo com o menor, resultando, com isso, prejuízos ao mesmo.

Além disso, o instituto da guarda compartilhada não deve ser utilizado como uma forma do genitor não detentor da guarda unilateral, vir a juízo para pleitear o estabelecimento da guarda compartilhada (dividindo-se o tempo em 50% para cada genitor) e, com isso requerer a exoneração e/ou redução dos alimentos.

Portanto, a Lei da Guarda Compartilhada é bem vinda ao nosso sistema normativo e o instituto da guarda conjunta deverá ser aplicado para propiciar que os genitores possam participar das decisões inerentes ao poder familiar e com isso contribuir para uma melhor educação e criação dos filhos, podendo conviver com eles de forma adequada com as peculiaridades do seu desenvolvimento, sem que haja uma divisão matemática de tempo ou um pleito de redução da verba alimentar, até porque existem uma gama de despesas fixas mensais que independem do número de dias de convivência com o menor, sempre atentos à análise do binômio possibilidade x necessidade, no momento de ser fixado o encargo alimentar.

A guarda compartilhada é a protagonista deste novo paradigma da sociedade contemporânea, que tem como principal escopo, uma convivência mais harmônica e mais humanizada por ocasião da resolução dos conflitos familiares.⁴⁴

⁴⁴ IBIAS, Delma Silveira. Guarda compartilhada como regra para definição da forma de convivência das crianças e dos adolescentes com seus genitores. *In.*: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello. **As famílias e os desafios da contemporaneidade**. Porto Alegre: IBDFAM/RS. p. 145/146.

E diante de um rasgo de inteligência, não cabe ao judiciário, ao agasalhar alguns parcos entendimentos de certos julgadores, atribuir a orfandade aos filhos do divórcio, em face da não decretação da guarda compartilhada com ambos os genitores.

REFERÊNCIAS

ABCF - Associação Brasileira Criança Feliz. Disponível em: <http://criancafeliz.org/sample-page/a-associacao-brasileira-crianca-feliz-abcf/> e acesso em 26 maio 2015.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**, São Paulo: Atlas, 2008.

BANDERA, Magda. **Custodia compartida**. Espanha: Arcopress, 2005.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Edições Bagaço, 2008.

BRASIL, **Constituição Federal; Código Civil Brasileiro**; Lei nº 11.698/2008; Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014).

BRITO, Leila Maria Torraca de. Impasses na condição da guarda e da visitação – o palco da discórdia. In: **Família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp>> e acesso em 24 maio 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano, uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação da guarda compartilhada nas ações litigiosas. In.: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias: novidades polêmicas**. Salvador: Jus Podium, 2013.

IBIAS, Delma Silveira. Guarda compartilhada como regra para definição da forma de convivência das crianças e dos adolescentes com seus genitores. In.: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello. **As famílias e os desafios da contemporaneidade**. Porto Alegre: IBDFAM/RS.

GÓMEZ, Fabiola Lathrop. **Custodia compartida de los hijos**. Madrid: La Ley, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: RT, 2000. p. 111.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. *In.*: IBIAS, Delma Silveira (coord.). **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais**. Porto Alegre: IBDFAM/RS - Letra&Vida, 2013.

NOVELLINO, Norberto J. **Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial**. Buenos Aires: García Alonso, 2008.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**, de acordo com a Lei nº 13.058 de 22-12-2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A transição do “eu ganhei a guarda” para o compartilhamento da guarda como regra geral: primeiras reflexões sobre a Lei 13.058/2014 no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de prevenção à alienação parental. *In.*: ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Um presente para construir o futuro: diálogos sobre Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015. p. 14.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ: Recurso Especial nº 1.251.000-MG, 3ª Turma, Relatora: Min. Nancy Andriighi, unânime, julgado em 23/08/2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - TJRS: Apelação Cível nº 70059147280, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, unânime, julgada em 16/04/2014; Apelação Cível nº 7000713382, 7ª Câmara Cível, Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias, julgada em 29.10.2009; Agravo de Instrumento nº 70014577217, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 10.05.2006; Apelação Cível nº 70061663670, 8ª Câmara Cível, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgada em 09/04/2015. Agravo de instrumento nº 70077039741, Sétima Câmara Cível do TJRS, relator Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 30/05/2018). Agravo de instrumento nº 70077455822, Sétima Câmara Cível do TJRS, relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 20/06/2018). Agravo de Instrumento nº 70079190906, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 31/10/2018.

A REGULAMENTAÇÃO DO INMETRO SOBRE USO DE METAIS TÓXICOS NA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE JOIAS E BIJUTERIAS E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

Diana Lima Bezerra¹

RESUMO: A segurança do consumidor quanto à aquisição de acessórios de moda, especificamente joias e bijuterias, e do meio ambiente são o objeto de proteção da Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016², do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro, que regulamenta o limite de metais tóxicos utilizados na fabricação dessas peças. Além disso, o referido regulamento expressa o compromisso do Brasil com o desenvolvimento sustentável, no sentido de adotar medidas que diminuam os impactos danosos ao meio ambiente e a saúde humana. Nesse sentido, analisa-se o alinhamento da presente medida com os preceitos de responsabilidade socioambiental, tomando-se como parâmetro para proposta deste estudo, as diretrizes propostas pela *ABNT ISO 26000*³.

Palavras-chave: Consumidor. Inmetro. Joias e bijuterias. Metais tóxicos. Responsabilidade socioambiental.

INTRODUÇÃO

O uso de metais como, por exemplo, chumbo, níquel, cádmio, dentre outras substâncias altamente tóxicas, são comumente utilizados na produção de joias e bijuterias, principalmente nos países asiáticos, como Filipinas, Índia e China. A explicação está no baixo custo destes metais para a produção dos acessórios. A questão é que normalmente esses países não possuem uma legislação que garantam os limites de segurança para a saúde dos consumidores e do meio ambiente em relação ao uso desses metais.

O Brasil como grande importador desses produtos, especialmente originários da China, percebeu a necessidade de regulamentar a produção e comercialização desses artigos tão presentes na moda brasileira. O objetivo é proteger a saúde dos consumidores, diminuir

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado-Unijorge. Advogada, OAB-BA 51.958. Pesquisadora na área de Responsabilidade Socioambiental da Empresa e *Fashion Law*. E-mail: dianalima.bezerra@yahoo.com.br

² BRASIL. **Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016**. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002383.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **NBR ISO 26000: Diretrizes sobre a Responsabilidade Social**. 1^a ed. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>.

os impactos ao meio ambiente e também proteger o mercado nacional, prejudicado pelos acessórios de baixo custo e qualidade inferior.

Com este artigo, objetiva-se informar os profissionais da área, empresas, consumidores, organizações e Academia, acerca da Portaria nº 43 do Inmetro, publicada em janeiro de 2016 no Diário Oficial da União⁴. Onde, desde o início de 2019, passou a determinar que joias e bijuterias deverão ser fabricadas e importadas em conformidade com essa norma.

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar o assunto. Ao contrário. Seu objetivo, além de informar os profissionais da área, é provocar iniciativas para aprofundamento do tema, bem como inspirar diferentes abordagens. Nesse sentido, a importância desse trabalho demonstra-se como uma iniciativa para a pesquisa em novos temas que envolvem o Direito, a Responsabilidade Socioambiental e o *Fashion Law*.

Dessa forma, o presente estudo também apresenta a relevância da norma editada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro, frente aos preceitos dos princípios da Responsabilidade Social⁵ e do Desenvolvimento Sustentável⁶. Temas estes, cada vez mais presentes nas pautas dos consumidores e que têm estabelecido uma nova relação entre estes e as empresas. Para tanto, tomou-se como referência as orientações previstas na *ISO 26000*.

Para realização do presente artigo, inicialmente foi realizada a análise da Portaria nº 43 de 22 de janeiro de 2016, editada pelo Inmetro, leituras de matérias publicadas por

⁴ BRASIL. **Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016**. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002383.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

⁵ Para proposta deste artigo foi considerado o conceito trazido pela Norma da ABNT ISO 26000, que dispõe Responsabilidade Social como: Responsabilidade de uma organização pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente, por meio de um comportamento ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive a saúde e bem-estar da sociedade; leve em consideração as expectativas das partes interessadas; esteja em conformidade com a legislação aplicável e seja consistente com as normas internacionais de comportamento; e esteja integrada em toda a organização e seja praticada em suas relações. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **NBR ISO 26000: Diretrizes sobre a Responsabilidade Social**. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>.

⁶ A expressão desenvolvimento sustentável ficou conhecida, inicialmente, após a publicação do Relatório de Brundtland, em 1987. O relatório levou o nome da médica mestre em saúde pública Gro Harlem Brundtland, que a convite do Secretário-Geral da ONU, presidiu a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O Relatório de Brundtland, também denominado “Nosso Futuro Comum”, declara que “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.” Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>> Acesso em: 22 de outubro de 2019.

instituições de ensino, como a Unicamp, matérias publicadas pelo próprio Inmetro, além de outros sites, imprensa nacional, manuais e publicações de órgãos oficiais e referências bibliográficas literárias.

O artigo encontra-se dividido em 5 partes. Na primeira, é brevemente apresentado o caminho percorrido até se chegar a edição da Portaria em estudo. A segunda parte apresenta algumas das determinações da norma em si. No terceiro tópico, comenta-se sobre os riscos causados pelo uso dos metais tóxicos. Posteriormente, apresenta-se uma análise acerca da Responsabilidade Socioambiental e sua relação com a norma editada pelo Inmetro. O quinto tópico traz uma breve análise sobre a relação do Código de Defesa do Consumidor com a edição da Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016 do Inmetro. Por fim, a conclusão sobre o tema proposto.

1. OS CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO

Em março de 2014, uma matéria publicada pelo Jornal da Unicamp⁷, já apresentava dados sobre a presença de metais tóxicos encontrados em bijuterias, joias e *piercings* de origem chinesa, indiana, mexicana e também nacional. Os dados foram obtidos por meio de uma pesquisa desenvolvida pelo químico José Augusto da Col - atualmente pós-doutor em química pela Unicamp e professor na Universidade do Estado de Santa Catarina no Centro de Ciências Tecnológicas – UDESC.

A pesquisa, além de apresentar os percentuais dos materiais presentes nas amostras estudadas, trouxe um alerta para o perigo desses metais em contato com a pele para a saúde e para o risco de contaminação do meio ambiente. Por fim, o pesquisador demonstrou a necessidade de uma regulamentação impondo limites acerca da utilização dessas substâncias.

De acordo com a publicação, a pesquisa investigou 107 peças entre joias e bijuterias, sendo que em 60% delas foram identificadas a presença de níquel (Ni), e, em 25%, a presença de chumbo (Pb). A quantidade de níquel encontrada nos produtos analisados variava entre 20 e 30%, já a presença de chumbo estava entre 4 e 10%.

⁷ JORNAL DA UNICAMP. **Método detecta metais tóxicos em joias, piercings e bijuterias**. Campinas, 24 de março de 2014 a 30 de março de 2014 – ANO 2014 – Nº 591. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/591/metodo-detecta-metais-toxicos-em-joias-piercings-e-bijuterias>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

À época da pesquisa, não havia nenhuma legislação brasileira a respeito, o que favorecia a importação de produtos sem nenhuma fiscalização e com baixa qualidade para serem comercializados no país.

Contudo, uma ação da Receita Federal realizada no final de 2013⁸ - onde o objetivo inicial era confirmar a suspeita de fraude fiscal - já apontava para a necessidade de uma medida nesse sentido. Pois, durante a ação, foi detectado em dois contêineres importados da China com 16 toneladas de bijuterias, que as peças ali encontradas continham uma variação de 32 a 39% de metais pesados na composição.

O alto percentual dos metais tóxicos identificados nas mercadorias chamou a atenção das autoridades, dos representantes da indústria desse setor e da sociedade, resultando em uma consulta pública, que deu origem a atual Portaria nº 43 do Inmetro, publicada em janeiro de 2016 e que desde o início de 2019 passou a vigor em caráter compulsório.

2. OS LIMITES DE CÁDMIO E CHUMBO NA FABRICAÇÃO DE JOIAS E BIJUTERIAS NO BRASIL

O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro, editou a Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016, que regulamenta os limites de cádmio e chumbo no processo de fabricação de joias e bijuterias comercializadas no país.

De acordo com o Inmetro, a intenção é proteger o meio ambiente, resguardar a saúde do consumidor e incentivar o mercado nacional, que se vê prejudicado diante da concorrência desleal ofertada pelos artigos estrangeiros de valor mais baixo e qualidade inferior.

A norma está alinhada com os mesmos percentuais estabelecidos em legislação dos EUA e da Europa⁹, aproximando-se assim, dos padrões comercializados internacionalmente.

Determina a Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016, em seu art. 1º, que fica proibida a comercialização no mercado nacional, de bijuterias e joias com concentrações de cádmio

⁸ SIVIEIRO, Victor. ENSAIOS. **A partir de 2019, torna-se compulsória a análise de concentração de chumbo e de cádmio para joias e bijuterias.** LABELO PUCRS, 2018. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/labelo/a-partir-de-2019-torna-se-compulsoria-a-analise-de-concentracao-de-chumbo-e-de-cadmio-para-joias-e-bijuterias/>> Acesso em 21 de outubro de 2019.

⁹ BRASIL. **Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016.** Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002383.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

e chumbo iguais ou superiores respectivamente, em peso, a 0,01% e a 0,03% do metal presente no produto individualmente considerado.

O regulamento estabelece que será de responsabilidade do fornecedor de bijuteria e joia o atendimento aos percentuais dos materiais estabelecidos na Portaria nº 43, de janeiro de 2016¹⁰, em relação aos produtos finais, independentemente de ensaios realizados na matéria-prima, podendo adotar outros mecanismos próprios de controle para essa finalidade.

Encontra-se, ainda previsto na Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016, para efeitos de incidência da norma, a definição de joias e bijuterias e uma lista exemplificativa desses itens¹¹. A norma refere-se às bijuterias e joias de uso adulto e infantil, vendidas ou entregues em forma de brinde, isoladas ou como parte integrante de outro produto.

Quanto à responsabilidade para quem descumprir com a norma, Gustavo Kuster – chefe de Divisão de Articulação Externa e Projetos Espaciais do Inmetro – em entrevista concedida a *Agência Brasil*¹², afirmou que as multas aplicadas no caso de constatação de irregularidade podem chegar a R\$ 500 mil (quinhentos mil reais), estando relacionada à quantidade de produto irregular e à reincidência. No caso de reincidência pelo importador, fabricante ou comerciante, o valor da multa pode aumentar.

3. OS RISCOS DE METAIS PESADOS PARA A SAÚDE DO CONSUMIDOR E MEIO AMBIENTE

Comumente, os metais tóxicos, por possuírem baixo custo são os empregados pela indústria do setor de joias e bijuterias, sem que haja uma fiscalização quanto aos danos que podem causar a saúde dos consumidores e ao meio ambiente.

¹⁰ Art. 2º Será responsabilidade do fornecedor da Bijuteria e Joia o atendimento aos teores de Cádmiio e Chumbo estabelecidos na Portaria ora aprovada, em relação aos produtos finais, independentemente de ensaios realizados na matéria prima, podendo adotar outros mecanismos de controle próprios para essa finalidade.

¹¹ Art. 2º [...] § 2º Entende-se como Bijuteria ou Joia, qualquer adorno, masculino ou feminino, de metal ou não, que o seu uso propicie o contato deste ou parte deste com o corpo humano, tais como: I – contas metálicas e outros componentes metálicos para fabricação de peças de Joalheria; II – artigos de Joalheria e de Bijuteria, metálicos, incluindo: a) Acessórios para o cabelo; b) Pulseiras, colares e anéis; c) Piercings; d) Adornos para os pulsos, incluindo relógios e outros; e) Abotoaduras; f) Brincos.

¹² GANDRA, Alana. AGÊNCIA BRASIL. **Inmetro estabelece limite para metais pesados em bijuterias e joias**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/inmetro-estabelece-limite-para-metais-pesados-em-bijuterias-e-joias>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

O níquel (Ni), por exemplo, é frequentemente utilizado na produção de joias e bijuterias por ter o custo menor que o cobre (Cu). Segundo o site *tribalistikstore*¹³, os dois metais auxiliam no processo de banho de ouro ou prata, pois são substâncias que absorvem as micropartículas desses metais. Ocorre que, o níquel, em contato com a pele, pode ocasionar alergias de diversos graus em indivíduos que tenham predisposição.

Já o cádmio (Cd) e o chumbo (Pb), são utilizados no processo de produção de bijuterias pelo aspecto brilhoso e elástico e por reduzirem em 50% o custo da matéria-prima em relação as ligas sem esses componentes. No entanto, tais substâncias trazem sérios riscos à saúde, além de provocar grande impacto ambiental através da contaminação do solo e das águas.

De acordo com as considerações da própria Portaria do Inmetro¹⁴, não há funções biológicas benéficas aos organismos vivos por esses metais. Ao contrário. Tanto o cádmio quanto o chumbo são substâncias tóxicas que causam efeito cumulativo na saúde humana e ao meio ambiente.

A curto ou longo prazo, conforme o uso da joia, esses metais em contato com o corpo vão migrando para o organismo causando alergias, doenças renais e hepáticas, além de serem considerados agentes carcinogênicos.

¹³SAÚDE. **Níquel, cádmio e chumbo: os vilões das joias.** Disponível em: <<https://tribalistikstore.com.br/saude/niquel-cadmio-e-chumbo-os-viloes-das-joias>> Acesso em 20 de outubro de 2019.

¹⁴ [...]Considerando que Cádmio e Chumbo não possuem funções biológicas benéficas nos organismos vivos; Considerando que Cádmio e Chumbo são sabidamente tóxicos, além de possuírem elevada persistência ambiental; Considerando que os efeitos de curto ou longo prazo do Cádmio afetam notadamente as funções renais e hepáticas, em maior ou menor extensão, além de ser, reconhecidamente, um agente carcinogênico humano; Considerando que até o presente não há tratamento clínico efetivo reconhecido para casos de intoxicação por Cádmio; Considerando as informações técnicas e científicas existentes sobre o efeito cumulativo na saúde humana e, principalmente, no meio ambiente do Cádmio e do Chumbo [...]BRASIL. **Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016.** Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002383.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

4. RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Para proposta deste artigo, tomou-se como referência as diretrizes de responsabilidade social propostas pela *ABNT ISO 26000*¹⁵, que dispõe sobre Responsabilidade Social nos seguintes termos:

Responsabilidade de uma organização pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente, por meio de um comportamento ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive a saúde e bem-estar da sociedade; leve em consideração as expectativas das partes interessadas; esteja em conformidade com a legislação aplicável e seja consistente com as normas internacionais de comportamento; e esteja integrada em toda a organização e seja praticada em suas relações.

Vale lembrar, que a *ISO 26000* não tem o objetivo de fornecer base legal para ações, reclamações, certificações ou substituir qualquer instrumento legal, até mesmo porque não tem fundamento legal para isso. Contudo, é um instrumento que pode ser utilizado para orientar as organizações no tema da responsabilidade social, bem como, ser usada como parte de atividades de políticas públicas, especialmente no que toca aos fins do desenvolvimento sustentável.

De acordo com o instrumento em comento, dentre outras diretrizes, a Norma pode, “[...] promover uma compreensão comum da área de responsabilidade social e complementar outros instrumentos e iniciativas relacionados à responsabilidade social, e não a substituí-los”¹⁶.

De acordo com a *ISO 26000*, a globalização tem provocado impactos em diferentes tipos de organizações, incluindo-se, setor privado e governo. Segundo a Norma, a responsabilidade social tem como foco a organização e refere-se às responsabilidades da organização com a sociedade e o meio ambiente, estando intimamente ligada ao desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido:

Pelo fato do desenvolvimento sustentável tratar de objetivos econômicos, sociais e ambientais comuns a todas as pessoas, ele pode ser usado como forma de abarcar as expectativas mais amplas da sociedade a serem levadas em conta por organizações que buscam agir responsavelmente. Portanto, convém que um

¹⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **NBR ISO 26000: Diretrizes sobre a Responsabilidade Social**. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>.

¹⁶ Ibid., p. 1.

objetivo amplo de responsabilidade social da organização seja o de contribuir para o desenvolvimento sustentável.¹⁷

O mundo vem passando por transformações políticas, econômicas, sociais e ambientais. Essas transformações, inclusive, também vêm afetando o comportamento do consumidor, tanto no que se refere as restrições do seu poder de compra, como também quanto às escolhas na hora de consumir. Com isso, independentemente da obrigação legal, uma postura de responsabilidade socioambiental das empresas vem sendo exigida como um compromisso ético e moral por parte dos consumidores, além de ser um compromisso de abrangência internacional diretamente ligado ao desenvolvimento sustentável.

A Norma da ABNT¹⁸, sugere sete temas centrais para a implementação da responsabilidade social e sua contribuição para o desenvolvimento sustentável. Sendo que, para a proposta do presente estudo, destacam-se três deles: meio ambiente, consumidor e práticas leais de operação.

No que toca ao meio ambiente, sabendo-se que a atividade de uma organização - em especial a tratada neste artigo, que se refere aos artigos de joias e bijuterias - gera um impacto ambiental por meio de geração de resíduos e contaminação do meio ambiente, a *ISO 26000* sugere que para reduzir os impactos ambientais, convém que a empresa adote ações integradas que considerem as implicações econômicas, sociais, na saúde e no meio ambiente.¹⁹

A Norma destaca ainda, que, as questões ambientais estão ligadas a outros temas centrais como, educação e capacitação ambiental para promoção do desenvolvimento da sociedade e estilos de vida sustentáveis. Além disso, é conveniente que além de obediência a leis e regulamentos, a empresa se responsabilize pelos impactos causados ao meio ambiente por meio de suas atividades. Dessa forma, sugere-se que as organizações busquem estratégias que eliminem o uso de metais tóxicos que ponham em risco o meio ambiente.

¹⁷ Ibid., p. 10.

¹⁸ “Uma forma eficaz da organização identificar sua responsabilidade social é familiarizar-se com as questões relativas à responsabilidade social nos seguintes sete temas centrais: governança organizacional; direitos humanos; práticas de trabalho; meio ambiente; práticas leais de operação; questões relativas ao consumidor; envolvimento e desenvolvimento da comunidade [...].

Esses temas centrais cobrem os impactos econômicos, ambientais e sociais mais prováveis que convém que sejam tratados pelas organizações. [...]. A discussão de cada tema central aborda questões específicas que convém que a organização leve em conta ao identificar sua responsabilidade social. Cada tema central, mas não necessariamente cada questão, tem alguma relevância para todas as organizações”. Ibid., p. 16.

¹⁹ Ibid., p.43.

Em relação ao consumidor, sabe-se que as organizações, as empresas, os fornecedores e os comerciantes têm responsabilidades para com estes. Dentre elas, a *ISO 26000* destaca que também fazem parte destas responsabilidades, minimizar riscos decorrentes do uso de produtos e serviços por meio de procedimentos de *design*, fabricação, distribuição, prestação de informações. Nesse sentido, entre outras questões relativas a responsabilidade social perante o consumidor estão: proteção da saúde e segurança, consumo sustentável, práticas leais de propaganda, solução de controvérsias e indenizações.

Quanto às práticas leais de operação, a Norma se refere a uma conduta ética nos negócios entre as organizações. Entre as questões relacionadas a esse tema estão, por exemplo, o combate a concorrência desleal, promoção de um comportamento socialmente responsável e relação com outras organizações.

No combate a concorrência desleal, por exemplo, a *ISO 26000* descreve²⁰ como sendo um pressuposto à garantia de que todas as organizações tenham oportunidades iguais, além de estimular a inovação e eficiência, bem como, incentivar o desenvolvimento de novos e melhores produtos ou processos, contribuindo para o crescimento econômico.

Por tudo isso, cabe observar como os temas trabalhados pela *ABNT ISO 26000*, que trata da responsabilidade social para o desenvolvimento sustentável estão contidos na Portaria nº 43, do Inmetro, de janeiro de 2016. Além disso, destaca-se a importância de instituições governamentais estarem alinhadas com as transformações em que vem ocorrendo na sociedade, promovendo ações que visem maiores garantias e segurança nas relações de consumo, comércio e desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, de acordo com Frederico Martos: “A nova dimensão que surge ao Direito visa a sua aproximação e a harmonização com a realidade social em que se encontra inserida, representando importante medida em busca da eficácia e da validade das normas jurídicas”.²¹

²⁰ A ABNT. NBR ISO 26000 descreve as práticas leais de operação nos seguintes termos: “A concorrência leal e abrangente estimula a inovação e a eficiência, reduz os custos de produtos e serviços, garante que todas as organizações tenham oportunidades iguais, incentiva o desenvolvimento de novos ou melhores produtos ou processos e, no longo prazo, aumenta o crescimento econômico e o padrão de vida. A concorrência desleal põe em risco a reputação da organização junto às suas partes interessadas e pode criar problemas legais. Recusando-se a adotar comportamentos de concorrência desleal, as organizações colaboram para criar um clima em que tais comportamentos não são tolerados, beneficiando a todos. ”. *Ibid.*, p. 52.

²¹ MARTOS, Frederico Thales de Araújo. **Rentabilidade e Planejamento** - As Diretrizes Jurídicas da Empresa Socialmente Consciente. Franca: Editora Lemos e Cruz, 2015, p.88.

Martos²², ao fazer um diagnóstico quanto as normas de base principiológicas e jurídicas, declara que tanto as normas comportamentais quanto não comportamentais disciplinam a vida humana. Segundo o autor, dentro de um grupo social, a conduta humana é regulada pelas normas éticas que compreendem todos os tipos de normas voltadas para a disciplina do comportamento do homem em sociedade, e, que no campo de atuação das normas éticas estariam incluídas as normas jurídicas e morais.

Ainda, segundo Martos²³, no que toca a norma ética:

[...]o interesse normativo desejado origina-se da preocupação e da preservação da ordem social, como forma de conduta ética, pois tais valores conduzem à Responsabilidade Social.

A existência de um bem social que supera o bem individual é o que caracteriza uma vontade fortemente aceita na sociedade por uma conduta social moralmente correta e dentro dos padrões morais e normais do indivíduo.

Já quanto à norma jurídica, o autor afirma²⁴ que trata-se de um preceito obrigatório dotado de coercibilidade. Sendo que, o ordenamento jurídico deve acompanhar as transformações sociais e manter a ordem jurídica atualizada²⁵.

Com isso, percebe-se que o interesse mundial em questões relacionadas a saúde e o meio ambiente, e a natureza econômica que também está relacionada a esses temas, sugerem que órgãos, instituições e empresas, além de cumprir com suas obrigações legais, incluam como pauta a responsabilidade social em suas ações.

Na indústria da moda não é diferente. De acordo com Abreu²⁶:

[...] a moda deve progredir no contexto daquilo que personifica a evolução da sociedade na construção de um mundo mais ético e ecológico. E, de certa forma, assim tem sido nos últimos tempos com o aparecimento de tendências comportamentais em contraciclo ao consumo desenfreado e de valorização de um produto tendo em conta critérios ambientais e sociais, obrigando as empresas de

²² Ibid., p.77.

²³ Ibid., p.80.

²⁴ Ibid., p. 81.

²⁵ “A nova dimensão que surge ao Direito visa a sua aproximação e à harmonização com a realidade social em que se encontra inserida, representando importante medida em busca da eficácia e da validade das normas jurídicas. Tal realidade se justifica pelo fato de a sociedade ser o ente responsável por validar o ordenamento jurídico, motivo pelo qual devem ser acompanhadas as transformações sociais, mantendo a ordem jurídica atualizada”. Ibid., p.88.

²⁶ ABREU, Lígia Carvalho. Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica. In ABREU, Lígia Carvalho; COUTINHO, Francisco Pereira. **Direito da Moda**. Vol. I. Editora: CEDIS - Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Campus de Campolide, Portugal, 2019, p.15. Versão digital. Disponível em <academia.edu> Acesso em: 21 de outubro de 2019.

moda a investir nas suas políticas de responsabilidade social e nos processos que demonstrem o cumprimento efetivo dessas políticas [...]

Segundo Martos, “O pensamento moderno implica a necessidade das empresas de inserirem em suas marcas os valores de ordem social, pois o consumidor contemporâneo mostra-se mais consciente quanto aos reflexos das práticas de comércio”²⁷. Têm-se ainda que, a concepção do desempenho em responsabilidade social de uma empresa pode influenciar, dentre outros aspectos, vantagem competitiva da organização; prevenção de litígios judiciais; visibilidade, capacidade de atrair sócios e investidores e melhorar sua relação com empresas, organizações, mídia, fornecedores, clientes e comunidade.

Conforme a *ISO 26000*, as organizações de todo o mundo estão tomando consciência da necessidade de assumir medidas socialmente responsável, passando assim a assumir compromissos internacionais por meio de Declarações, Acordos e Pactos Internacionais. De acordo com a norma, o objetivo da responsabilidade social é contribuir com o desenvolvimento sustentável, que trata dos aspectos sociais, ambientais e econômicos.

Como visto, não havia nenhuma regulamentação a respeito dos níveis de metais tóxicos utilizados na fabricação e comercialização de artigos como joias e bijuterias. A edição da norma do Inmetro surge de uma necessidade de maior segurança quanto à proteção dos direitos do consumidor e do meio ambiente. Isso porque, apesar da demanda de consumidores mais conscientes em relação a compra de produtos com qualidade e que respeitem o meio ambiente e a sua segurança, a grande maioria ainda não tem acesso suficiente à informação.

Nesse sentido, o Inmetro na edição da Portaria nº 43 de 22 de janeiro de 2016²⁸, levou em consideração o compromisso do Brasil em assegurar que até 2020, os produtos químicos sejam produzidos e utilizados de forma a minimizar significativamente os impactos danosos sobre o meio ambiente e a saúde humana, conforme estabelecido no Plano de Johannesburgo²⁹

²⁷ MARTOS, Op. Cit., p.47.

²⁸ BRASIL. **Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016**. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002383.pdf>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

²⁹ Rio + 10 – O Plano de Ação de Johannesburgo Relatório Especial. Câmara dos Deputados, Brasília – DF, 2002. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/207993.pdf>> Acesso em: 29 de outubro de 2019.

e reafirmado na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, Rio+20³⁰.

Percebe-se assim, que a Portaria nº 43, editada em janeiro de 2016 pelo Inmetro, também coaduna com as diretrizes recomendadas pela *ISO 26000*, que embora, não tenham caráter obrigatório, nem mesmo de certificação, fornecem diretrizes acerca da responsabilidade social e formas de integrar o comportamento socialmente responsável na organização, auxiliando com a tomada de medidas que contribuam para o desenvolvimento sustentável.

5. DEFESA DO CONSUMIDOR E PROTEÇÃO CONTRA A CONCORRÊNCIA DESLEAL

Notadamente, a legislação nacional por meio do Código de Defesa do Consumidor – CDC garante proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos³¹.

A legislação consumerista também prevê o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam para o consumidor

Dessa forma, na indústria da moda - como no caso em tela, especificamente dos artigos de joias e bijuterias – o fornecedor também poderá responder pelo CDC. Nesse sentido, Fabíola Santos³²:

³⁰ A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável - Rio+20 realizada em 2012 no Rio de Janeiro resultou em um documento denominado “O Futuro que queremos”, que dentre outros compromissos declara: “ Reafirmamos o papel fundamental de todos os níveis de governo e órgãos legislativos na promoção do desenvolvimento sustentável. Reconhecemos ainda os esforços e os progressos alcançados nos níveis local e subnacional e reconhecemos o importante papel que essas autoridades e comunidades podem desempenhar na implementação do desenvolvimento sustentável, inclusive envolvendo os cidadãos e as partes interessadas e fornecendo a eles informações relevantes, conforme apropriado, sobre as três dimensões do desenvolvimento sustentável. Reconhecemos ainda a importância de envolver todos os tomadores de decisão relevantes no planejamento e implementação de políticas de desenvolvimento sustentável. ” Disponível em:< <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1298>> Acesso em: 29 de outubro de 2019.

³¹ BRASIL, PLANALTO. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> Acesso em: 29 de outubro de 2019.

³² SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. O Código de Defesa do Consumidor e o mercado da moda no Brasil: Considerações sobre informação, oferta e publicidade. In: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, é tida como uma lei principiológica, um microsistema. Assim, em síntese, podemos afirmar que toda e qualquer legislação, ainda que específica sobre determinado tema (como, por exemplo, moda), não poderá contrariar o caráter principiológico do CDC.

E mais, conforme a autora, enquanto lei principiológica, o CDC além de proteger os consumidores, também protege o mercado, isso porque ao se debruçar pelo artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor³³, que discorre sobre os objetivos e princípios que regem as relações consumeristas é possível vislumbrar a presença do Estado por meio de políticas que assegurem produtos de qualidade e segurança. Acrescenta-se ainda, que dentre outros princípios, o mesmo artigo dispõe sobre educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, visando a melhoria do mercado de consumo.

Por tudo isso, cabe considerar, a importância de se ter acesso à informação acerca da Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016, editada pelo Inmetro, no sentido de que combinada com o Código de Defesa do consumidor, torna-se mais um instrumento no sentido de proteger o consumidor, o meio ambiente, além do próprio empresário da concorrência desleal. Isso porque, no caso do comércio de joias e bijuterias, evita-se que produtos de qualidade inferior e que fornecem riscos ao consumidor e ao meio ambiente, entrem no mercado com um preço muito abaixo do praticado. E ainda que entrem no mercado, estando o consumidor informado dos riscos que esses produtos oferecem, dificilmente fará uma escolha equivocada.

Fernanda. **Fashion Law: Direito e moda no Brasil**. Vários autores. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p.67-68.

³³ **Art.4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: [...] c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. [...] IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; [...] VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízo aos consumidores; [...]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Portaria nº 43, de janeiro de 2016, editada pelo Inmetro, mostra-se como um importante instrumento para a sociedade. Trata-se de uma medida em que se encontram as diretrizes de âmbito social, ambiental e econômico. Social, ao proteger a saúde dos consumidores, ambiental, ao inibir o uso de metais tóxicos que possam contaminar o meio ambiente e econômico ao proteger as empresas da concorrência desleal.

Por meio desse estudo, é possível tecer algumas observações. A primeira delas diz respeito a relevância da pesquisa científica, quando essa ultrapassa os limites de Academia e influencia positivamente a elaboração de medidas que melhorem a qualidade de vida, bem como ofereça subsídios para elaboração de leis e regulamentos. A segunda, refere-se a necessidade de se manter constante a fiscalização do comércio e fornecimento de produtos, especialmente aqueles que tem relação direta com a saúde e o meio ambiente, no sentido de inibir práticas injustas em face do consumidor e do próprio mercado empresarial. Por último, a importância da informação, uma vez que, a carência de informação adequada é o que na maioria das vezes leva de um lado o fornecedor a comercializar esses produtos, e do outro o consumidor a comprá-los, na ilusão de estar fazendo um excelente negócio.

Além disso, o estudo sobre Responsabilidade Social torna-se cada vez mais relevante, inclusive no Direito e na área de *Fashion Law*. Uma vez que, como se pôde perceber, além de estar presente nas atuais demandas sociais orientando as normas de condutas éticas, têm sido base para orientar normas de caráter coercitivo, o que conseqüentemente gera maior segurança jurídica tanto para o mercado, como para o consumidor e o meio ambiente.

Por fim, pode-se dizer que a norma que regulamenta a produção de joias e bijuterias, mercado inserido dentro da indústria da moda, também é um instrumento de iniciativa no âmbito da responsabilidade socioambiental usado para se alcançar as metas do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, sugere-se que as empresas, independentemente de sua posição na cadeia da indústria de joias e bijuterias, adotem uma área responsável pela conformidade das normas - tanto as coercitivas como as de política de responsabilidade socioambiental – com o fim de prevenir litígios judiciais, melhorar o seu desempenho em relação aos consumidores, sociedade, meio ambiente, bem como o seu valor econômico no mercado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Lúgia Carvalho. Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica. In ABREU, Lúgia Carvalho; COUTINHO, Francisco Pereira. **Direito da Moda**. Vol. I. Editora: CEDIS - Centro de I & D sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Campus de Campolide, Portugal, 2019. Versão digital. Disponível em <academia.edu> Acesso em: 21 de out. 2019.

AGÊNCIA BRASIL. **Inmetro estabelece limite para metais pesados em bijuterias e joias**. Por Alana Gandra. Publicado em 01/02/2016, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/inmetro-estabelece-limite-para-metais-pesados-em-bijuterias-e-joias>> Acesso em: 20 de out. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **NBR ISO 26000: Diretrizes sobre a Responsabilidade Social**. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>.

BRASIL. **Lei nº 8.078, De 11 DE Setembro DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> Acesso em: 29 de out. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 43, de 22 de janeiro de 2016**. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002383.pdf>>. Acesso em 20 de out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Rio + 10 – O Plano de Ação de Johannesburgo Relatório Especial**. Câmara dos Deputados, Brasília – DF, 2002. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/207993.pdf>> Acesso em: 29 de out. 2019.

GANDRA, Alana. AGÊNCIA BRASIL. **Inmetro estabelece limite para metais pesados em bijuterias e joias**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/inmetro-estabelece-limite-para-metais-pesados-em-bijuterias-e-joias>> Acesso em: 20 de out. 2019.

JORNAL DA UNICAMP. **Método detecta metais tóxicos em joias, piercings e bijuterias**. Campinas, 24 de março de 2014 a 30 de março de 2014 – ANO 2014 – Nº 591. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/591/metodo-detecta-metais-toxicos-em-joias-piercings-e-bijuterias>>. Acesso em: 20 de out. 2019.

MARTOS, Frederico Thales De Araujo. **Rentabilidade e Planejamento** - As Diretrizes Jurídicas da Empresa Socialmente Consciente. Franca: Editora Lemos e Cruz, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **A ONU e o meio ambiente.** Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 22 de out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio + 20.** Futuro que queremos - documento de resultado. Disponível em: < <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1298>> Acesso em: 29 de out. 2019.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. O Código de Defesa do Consumidor e o mercado da moda no Brasil: Considerações sobre informação, oferta e publicidade. *In*: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda. **Fashion Law: Direito e moda no Brasil.** Vários autores. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SAÚDE. **Níquel, cádmio e chumbo: os vilões das joias.** Disponível em: < <https://tribalistikstore.com.br/saude/niquel-cadmio-e-chumbo-os-viloes-das-joias/>>. Acesso em: 20 de out. 2019.

SIVIEIRO, Victor. ENSAIOS. **A partir de 2019, torna-se compulsória a análise de concentração de chumbo e de cádmio para joias e bijuterias.** LABELO PUCRS, 2018. Disponível em: < <http://www.pucrs.br/labelo/a-partir-de-2019-torna-se-compulsoria-a-analise-de-concentracao-de-chumbo-e-de-cadmio-para-joias-e-bijuterias/>> Acesso em: 21 de out. 2019.

TERCEIRIZAÇÃO: UMA FORMA PRECÁRIA DE INCLUSÃO SOCIAL

Dionéia Cristina Caron¹

Izana Patrícia Santos da Silva²

Resumo: O artigo objetiva promover discussões sobre a terceirização no âmbito das relações de trabalho, partindo da premissa que as relações de trabalho são e devem ser protegidas pela legislação existente. No entanto, com a evolução dos tempos, com a globalização e com o avanço do capitalismo, surgem novas polarizações no mundo do trabalho com o intuito de buscar a maximização de resultados positivos. Neste contexto, o presente estudo é direcionado a demonstrar a quão fragilizada se encontra a relação de trabalho diante das novas premissas. Ainda, evidencia as problemáticas que envolvem a terceirização, bem como a sua aplicabilidade ao revelar a insegurança, a vulnerabilidade e a precariedade de direitos dos novos operários excluídos da relação de trabalho contemporânea e incluídos no novo contexto marginalizado do mundo do trabalho.

Palavras-chave: trabalho, terceirização, precarização, flexibilização, inclusão social.

INTRODUÇÃO

As questões que envolvem a relação de trabalho, tais como os avanços tecnológicos, as reestruturações produtivas e também os aspectos organizacionais do mesmo, desvelam uma série de questionamentos e um grave problema social: a precarização das relações de trabalho. Diante do processo de globalização em que vivemos, surgem novas proposições dentro do mundo contemporâneo do trabalho.

Desta forma, a pesquisa objetiva demonstrar o quão preocupante se tornaram as questões de flexibilização das relações de trabalho através da regulamentação da terceirização. A maximização dos resultados e a redução dos custos, estão contribuindo para que os trabalhadores sejam excluídos do trabalho contemporâneo e incluídos novamente, de forma precária, desprovidos de garantias e direitos trabalhistas, sob a falsa ideia de autonomia e de colaboração recíproca.

¹ OAB/RS: 87.696. Advogada, pós-graduada em Direito Público pela FMP e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED. E-mail: dioneia.cristina@hotmail.com

² OAB/RS: 64.883. Advogada, pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista, ambas pela Verbo Jurídico. E-mail: izaadv@hotmai.com

Nesse preâmbulo, analisar-se-ão as novas e verdadeiras facetas do mundo do trabalho, trazidas pela ideia de terceirização e da sua regulamentação para explicar as consequências advindas das novas transformações. É importante salientar que por meio da temática que envolve os direitos e as garantias básicas dos envolvidos no complexo mundo do trabalho, a centralidade do tema traz o operário como parte extremamente vulnerável e hipossuficiente desta relação.

A EVOLUÇÃO DO CAPITALISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO

Historicamente, desde meados dos anos 60 e 70, puderam-se acompanhar as transformações ocorridas no mundo do trabalho, tais décadas foram fortemente marcadas pelo progresso do capitalismo contemporâneo. Conforme pesquisas das décadas de 60 e 70³, esse período foi marcado por profundas mudanças no curso do capitalismo contemporâneo, caracterizado pelo esgotamento do modelo taylorista/fordista de produção o que trouxe uma crise estrutural do capitalismo, consequência da incapacidade do fordismo e do keynesianismo em conter as contradições próprias da lógica capitalista⁴.

O que ocorreu nas décadas de 60 e 70 nada mais foi do que uma acumulação de capitais⁵ durante o apogeu do fordismo e da fase Keynesiana. O capitalismo, a partir dos anos 70, começa a dar sinais de um quadro crítico. Os primeiros sinais do quadro crítico evidenciados na época, foram identificados através da queda da taxa de lucro, do esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção, da maior concentração de capitais graças as fusões entre empresas monopolistas e oligopolistas, da crise do “estado do bem-estar social” e também do incremento acentuado das privatizações⁶.

Quanto às relações de trabalho, cresce a demanda por trabalhadores que possuem um conjunto heterogêneo de conhecimentos em informática e eletrônica, processo global de fabricação, gestão de produção e conhecimentos gerais⁷. Foi neste contexto, um período de

³ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

⁴ CAMPOS, Ginez Leopoldo Rodrigues de. **Cooperativas de trabalho e flexibilização produtiva: quando “estar juntos” transforma-se em uma estratégia perversa de exclusão**. Salvador: Caderno CRH, 2004, p. 271.

⁵ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 29.

⁶ Ibid., p. 30.

⁷ ANTUNES, 2002, p. 272.

crise econômica vivido pelo país, que começaram a surgir os primeiros sinais da flexibilização das relações laborais como uma resposta à situação crítica a que se encontrava na intenção de adequar o sistema de produção à nova realidade.

Em meados dos anos 80, verificou-se que as mudanças ocorridas no mundo do trabalho se tornavam ainda mais generalizadas, variando desde as novas formas de inserção produtiva até as novas formas de organização sindical e política, que vieram a resultar em uma das mais astutas crises do século. Acredita-se que foram tão intensas as modificações, pois a classe que vive do trabalho sofreu a mais aguda crise do século, na qual não só atingiu a sua materialidade, mas também as profundas repercussões em sua subjetividade, no íntimo inter-relacionamento destes níveis, afetando sua forma de ser.⁸

Como todas as mudanças têm seus prós e contras, as transformações ocorridas nos anos 80 abalaram ainda mais o mundo do trabalho, foi uma década demarcada pelo salto tecnológico, pela automação, pela robótica e pela microeletrônica, que acabaram por invadir as relações de trabalho e a produção capital⁹. Conseqüentemente, toda essa evolução ocorrida na década de 80 reflete significativamente na forma de organização do trabalho e faz com que seja necessária uma nova adequação à realidade.

A década de 80, além da reestruturação produtiva e da acumulação do capital, também foi caracterizada pela necessidade de haver um novo tipo de controle do trabalho, neste contexto o novo complexo de reestruturação produtiva possuía, mais claramente, um caráter político, onde movimentos sindicais com amplo poder social forçavam os capitalistas a instaurar um controle diferenciado de organização do trabalho¹⁰.

Posteriormente a esse período, na década de 90, com o desenvolvimento do novo complexo de reestruturação produtiva, surge um novo e potente tipo de controle da subjetividade operária, ele possui maior amplitude e intensidade e adquire nova qualidade [...]. O novo controle capitalista da produção social [...] passa pelo processo de constituição das novas qualificações operárias [...]. A própria ideia de “qualificação” passa a ter um novo recorte – é menos considerada “um estoque de conhecimentos/habilidades”, mas, sobretudo competência ou capacidade de agir, intervir, decidir em situações nem sempre previsíveis (o que exige uma postura operária proativa ou propositiva)¹¹.

⁸ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho: Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 15.

⁹ Ibid., p. 15-16.

¹⁰ ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 253.

¹¹ ALVES, 2000, p. 254.

Neste preâmbulo, a ideia de qualificação não tinha o condão puramente técnico, mas surgiu, principalmente, com intuito de se tornar uma forte operação ideológica, com a capacidade de estabelecer uma nova preeminência do capital na produção¹². Neste sentido, os anos 90 foram de toda forma marcados pelas tendências de uma crescente individualização das relações de trabalho, uma fortíssima corrente que busca desregulamentar e flexibilizar ao máximo o mercado de trabalho, o esgotamento dos padrões sindicais vigentes, a crescente tendência de burocratização e institucionalização das entidades sindicais, bem como a ampliação pelo capital de sua ação isoladora e coibidora dos movimentos da esquerda¹³.

Ao observar as transformações ocorridas no mundo do trabalho, trazidas pela evolução do capitalismo, é possível perceber que essas transformações trouxeram consigo dualidade de consequências: de um lado uma redução da classe operaria industrial tradicional e do outro uma enorme e efetiva ampliação do trabalho assalariado, destacando a expansão do Trabalho Temporário, parcial, precário, subcontratado, e terceirizado¹⁴.

Este novo contexto de transformações tecnológicas e econômicas, ao mesmo tempo em que diminui o operário industrial e o operário fabril, também acaba por contribuir para que haja uma maior flexibilização da produção, na falsa ideia de adequação ao desenvolvimento econômico, tendo como consequência o crescimento visível do trabalho precário.

A ESTRATÉGIA CAPITALISTA DE CONTROLE E REDUÇÃO DE CUSTOS: O SURGIMENTO DA IDÉIA DE TERCERIZAÇÃO.

Em decorrência das transformações tecnológicas e econômicas trazidas pelo capitalismo e em consequência da própria reestruturação produtiva, surge um novo marco no mundo do trabalho: a ideia de flexibilização da legislação, onde se permitiu que houvesse maior liberalidade das partes para se alterar as condições de como o trabalho seria prestado, bem como a redução das condições laborais. Foi no início da década de 70 que a legislação

¹² Ibid., p. 254 - 255.

¹³ ANTUNES, 1999, p. 65.

¹⁴ Ibid., p. 41.

incorporou o diploma normativo que tratava mais especificadamente da flexibilização, ante terceirização, sendo editada a Lei nº 6.019/74¹⁵. Tal diploma legal, estendeu a flexibilização ao campo privado da economia, através da chamada Lei do Trabalho Temporário.

Contudo, é imprescindível observar que o Trabalho Temporário passou por uma fase de crescimento e neste período não era reconhecido legalmente. Até que em 1974, uma lei e um decreto específicos para o instituto em questão foram editados. Sobre a Lei do Trabalho Temporário, observa-se que

Nesse contexto é que surge a primeira norma que, efetivamente, tratou de terceirização embora não com este nome -, a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática do Trabalho Temporário, que já era utilizada em larga escala no mercado antes da edição daquela regra legal, porém sem qualquer normatização. Parece que o nosso legislador foi buscar subsídios na lei francesa n. 72-1 para a edição da Lei n. 6.019/74, dada semelhança desta com aquela. A última norma foi regulamentada pelo Decreto n. 73.841, de 13 de março de 1974. O objetivo da lei era regular o Trabalho Temporário – e não fazer concorrência com o trabalho permanente [...] ¹⁶.

A Lei nº 6019/74, no art. 2º definiu o Trabalho Temporário como [...] “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender às necessidades transitórias de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço”¹⁷. Portanto, o Trabalho Temporário se tornou uma forma de contratação alternativa econômica, a fim de complementar o trabalho nas empresas que, a princípio, seria para atender uma necessidade transitória de substituição de trabalhador efetivo.

Nesta senda, a legislação brasileira originou uma situação distinta de qualquer regulamentação já existente no ordenamento jurídico-trabalhista. Segundo a doutrina, “criou situação sui generis em que um empregador que não emprega diretamente a atividade do empregado, mas a transfere para quem não é patrão, embora se utilize integralmente daquela atividade [...]”¹⁸.

Por outro lado, neste momento faltava clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão destas transformações, principalmente ao ramo jus trabalhista e seus

¹⁵ BRASIL. Lei no 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: mar. 2017.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 14-15.

¹⁷ BRASIL. Lei no 6.019/1974.

¹⁸ ALMEIDA, Ísis. **O regime de trabalho temporário**. São Paulo: Saraiva, 1977.

operadores, os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sócio jurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do trabalho. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho, diante da lacuna legislativa, fixou a súmula 256, a qual afirmava que, salvo os casos previstos nas Leis: nº 6.019/74¹⁹ e nº 7.102/1983²⁰, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A súmula 256 do TST evidenciou “[...] que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois a locação da força de trabalho é ilícita, visto que os homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas as coisas. [...]” e que uma das principais preocupações do TST foi a de 2010, [...] não permitir o *leasing* de mão de obra ou *marchandage*, no sentido da exploração do homem pelo próprio homem, mediante contratação de trabalhadores por empresa interposta. [...]”²¹.

Porém, a súmula era somente exemplificativa, sendo que jamais subsistiu nela proibição à verdadeira terceirização e por este mesmo motivo, sempre existiu a possibilidade de terceirização lícita. No Brasil, por volta da década de 1980, as empresas passaram a refletir melhor sobre a adoção da terceirização em razão da redução dos custos operacionais, sendo que um dos primeiros segmentos a utilizar como modelo de mudança estratégica produtiva foram as indústrias têxtil e gráfica, por meio de contratação de serviços²².

A nova realidade imposta ao capitalismo, em virtude da própria crise estrutural, faz com que se busque uma saída, ou seja, uma forma ainda mais sofisticada de gestão organizacional, segundo nos diz a doutrina. Em termos organizacionais, o que se pode observar é a adoção de um conjunto cada vez mais sofisticado de técnicas de gestão organizacional e tecnológica, centradas na chamada flexibilização produtiva, visando reduzir custos e aumentar a produtividade, de forma a ganhar competitividade nos mercados mundiais²³.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 6.019/1974.**

²⁰ BRASIL. **Lei Nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe** sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: mar. 2017.

²¹ MARTINS, Sérgio. Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 115.

²² KON, Anita. **Economia de serviços: teoria e evolução no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 128.

²³ CAMPOS, 2004, p. 274.

A lógica da terceirização não escapa da lógica que move o capitalismo como um todo, pois as principais empresas buscam superar a crise transferindo o ônus para os “parceiros”, o que em última instância, recai sobre os ombros da classe trabalhadora.

A terceirização, além de ser tornar uma forma utilizada pelo capitalismo de redução de custos, também contribui para o aumento do trabalho informal, [...] tendo a propriedade de transformar em serviço uma atividade parcelar, cujo produto existe independentemente do trabalhador, e que vai se tornar uma mercadoria autônoma pelo simples fato de o trabalho não ser executado no interior da fábrica. Assim, o capital, além de colocar o trabalho na informalidade, retirando a proteção social ao trabalhador, ainda dissimula a extração da mais-valia e consolida a ideia de que a esfera da circulação é, de fato, o lócus de toda a negociação entre o capital e trabalho²⁴.

Destaca-se o fato de que a terceirização tem possibilitado às empresas contratantes o despendimento dos encargos sociais e legais, além de não repassarem as conquistas dos acordos coletivos aos trabalhadores das empresas contratadas, assim, a terceirização contribui para a degradação salarial²⁵. Dentro deste contexto, faz-se importante destacar os impactos causados pela terceirização na relação de trabalho, a terceirização de muitas atividades consideradas insuficientemente rentáveis, no interior das empresas, permite modificar bastante as condições de trabalho, do emprego e a organização desse trabalho nas atividades que não são mais responsabilidade direta das empresas.

A contratação ou recontração dos trabalhadores, que antes encontravam emprego nas grandes empresas, pelos subcontratadores é feita em condições muito diferentes. Deste modo, a terceirização é um meio de impor a flexibilização do trabalho, a facilidade das demissões, o não-reconhecimento da qualificação em favor de uma competência sub-remunerada e a reorganização do trabalho²⁶.

Os corolários da descentralização produtiva, da desregulamentação e da própria flexibilização das relações de trabalho acaba por trazer à tona um crescente uso do trabalho precário, onde os trabalhadores são inseridos no mundo da informalidade, da insegurança, da vulnerabilidade, desprotegidos pela legislação trabalhista, resultando assim, em uma forma precária de inclusão social. Logo, a adoção da terceirização acaba por acentuar o caráter excludente do padrão de acumulação, tornando mais visíveis a

²⁴TAVARES, Maria Augusta. **Os fios (in)visíveis da produção capitalista: Informalidade e precarização do trabalho**. São Paulo: Cortez, 2004, p. 52.

²⁵ ALVES, 2000, p. 269.

²⁶ CAMPOS, 2004, p. 276.

precarização do trabalho e o desemprego, diminuindo o núcleo de trabalhadores com vínculo empregatício e todos os direitos trabalhistas garantidos.

DA REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO: PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A FALSA IDÉIA DE INCLUSÃO SOCIAL

O impacto trazido pelas transformações produtivas e a busca constante pela redução de gastos e pela maximização dos lucros, repercutem negativamente e trazem sérias consequências ao operário envolvido neste novo e precário mundo do trabalho. Em 1993 iniciou uma nova etapa no desenvolvimento da jurisprudência sobre o assunto, quando fora editado pelo Tribunal Superior do Trabalho a súmula 331, vejamos as necessidades que trouxeram a edição deste enunciado:

“O Ministério do Trabalho, com base no inciso VI do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, vinha ajuizando inquéritos civis públicos em face Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que contratavam principalmente estagiários, com o objetivo de eximirem-se da realização de concursos públicos para admissão de trabalhadores estudantes ou desqualificados. Aqueles órgãos afirmavam que havia decisões do próprio TST, que de fato existem, mitigando a aplicação da Súmula 256 do TST, além de permitir que fizessem contratações de serviço de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70. O inquérito ajuizado contra a Caixa Econômica Federal acabou dando origem à ação civil pública, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se as irregularidades existentes. O Banco do Brasil, porém, firmou compromisso com a Procuradoria – Geral do Trabalho, em 20 de maio de 1993, de acordo com o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de que a empresa iria, no prazo de 240 dias, abrir concurso público para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação”²⁷.

Assim, o enunciado 331 do TST surgiu da necessidade de adequação da terceirização, o qual buscou esclarecer o contraponto entre terceirização lícita e ilícita e dispôs sobre os casos excepcionais, em que seria possível terceirizar o serviço. Procurou retratar um pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho, compatibilizando liberdade de contratação com compromisso social das empresas na utilização do trabalho²⁸.

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 9 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 128.

²⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites Constitucionais da terceirização**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 31.

Contudo, a Súmula 331 não admite em seu contexto que a empresa tomadora proceda à terceirização nas suas atividades relacionadas com a atividade-fim. A CLT²⁹, em seu artigo 581, § 2º dispõe que se entende por atividade-fim a que caracterizar a "unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam exclusivamente em regime de conexão funcional".

Ainda assim, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim é complexa, justamente pela ausência de definição detalhada do conceito de cada uma, ou seja, não há lei que defina o que é atividade-meio e nem o que é atividade-fim. Deste modo, entende-se que para que a terceirização seja lícita deverá haver ausência de subordinação jurídica e pessoalidade dos trabalhadores com o tomador de serviço, devendo o vínculo ser mantido com a empresa prestadora, em ocorrendo o contrário será estabelecido o vínculo empregatício com a empresa tomadora tonando-se a terceirização ilícita.

Todavia, a terceirização ilícita é uma realidade nas relações de trabalho, originada das mudanças no sistema econômico e da flexibilização das normas, incidindo assim na contratação irregular de trabalhadores, a ilicitude se dá na forma da contratação e operacionalização do contrato de prestação de serviços terceirizados, caracterizando fraude à legislação trabalhista. É neste novo contexto em que estão inseridas as relações de trabalho e as próprias transformações ocorridas que fazem com que haja um crescimento ainda maior das formas precárias de trabalho existentes.

O mundo do trabalho precário é decorrente de uma das motivações indutoras da terceirização. Por trás da lógica da precarização do trabalho, que atinge parcelas das firmas de subcontratação da cadeia produtiva, está a necessidade das grandes empresas – de seus fornecedores de primeira segunda e terceira linha – de descentralizar a produção, com objetivo de reduzir custos, repassando os riscos do negócio para as pequenas empresas e, por conseguinte para as condições do trabalho, emprego e salário³⁰.

O aumento da competitividade entre as empresas e a busca pela qualidade têm sido também fatores que contribuem para a contratação flexível dos trabalhadores que são usados, na maioria das vezes, quando do aquecimento da demanda e simplesmente descartados quando o inverso ocorre. Diante do acirramento da competitividade das empresas e das exigências

²⁹ BRASIL. CLT. Decreto Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10691456/paragrafo-2-artigo-581-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943> > acesso em: mar. 2017

³⁰ ALVES, 2000, p. 265.

crecentes de qualidade, a tendência observada nessas empresas é de redução custos com a mão-de-obra, ampliando, por consequência, o proletariado precarizado em escala mundial, na medida em que a redução de custos e a adaptabilidade das empresas às demandas de mercados cada vez mais voláteis requerem a contratação de trabalhadores flexíveis, facilmente descartáveis em momentos de desaquecimento da demanda ou mesmo de crises conjunturais do capitalismo contemporâneo³¹.

Em consequência, desenvolve-se um mundo do trabalho com maior diversificação, marcado pelo desemprego estrutural, pela insegurança e pela marginalização do contrato de trabalho. Surge como um novo estigma do mundo do trabalho o desemprego estrutural, a precariedade de emprego e um salário que atinge o polo “moderno” da classe operaria.

Além da parcela imensa de “marginalizados”, com relação a legislação trabalhista (que em virtude da nova Lei do Trabalho Temporário pode ser parcialmente incorporada, mas com estatuto salarial precário) [...], a precariedade e a insegurança penetram no núcleo “integrado” da classe dos trabalhadores assalariados, atingindo os que ainda mantêm vínculo formal de emprego. Portanto, desenvolve-se em maior amplitude um mundo do trabalho mais diversificado e polarizado no Brasil, que tende a tornar ainda mais difícil a própria constituição da solidariedade de classe³².

A informalidade e a precarização das relações de trabalho podem ser constatadas de diversas maneiras: seja pelo Trabalho Temporário, aquele em que a empresa utiliza a mão de obra operária durante a alta demanda no mercado sendo que logo após tal período é descartada a mão de obra contrata sem qualquer garantia; seja pelo uso das cooperativas de trabalho utilizadas como meio de redução de custos e como um meio forçoso de inclusão social. [...] O atual uso das cooperativas de trabalho, através dos processos de terceirização de mão de obra, acaba se tornando em muitas situações um mecanismo de intensificação da exploração dos trabalhadores.

Os trabalhadores são motivados enganosamente pelo discurso ideológico da “cooperação” e da “ajuda mútua” e ameaçados pelo desemprego, acabando por não terem outra alternativa de garantir o seu sustento, a não ser que se submetam a essas novas formas de precarização das condições de trabalho, na qual a atual dinâmica de reestruturação produtiva enseja e reforça a ideia de inclusão precária, instável e marginal [...] ³³. De fato, o

³¹ CAMPOS, 2004, p. 277.

³² ALVES, 2000, p. 247-248.

³³ CAMPOS, op. cit., p. 278.

que realmente se evidencia neste novo e precarizado mundo do trabalho é a sua externalização, ou seja, trabalha-se com uma falsa ideia de autonomia e de que a subordinação entre o empregado e o empregador se tornara menos intensa, perpassando até mesmo à discussão da ideia de formalidade e informalidade.

O tempo do trabalho perpassa toda essa discussão, embora concretamente o que mais se sobressai seja a externalização do trabalho, que emerge do interior da empresa para outro espaço, podendo ser a cooperativa, a associação, a empresa familiar ou o domicílio do trabalhador ou trabalhadora, fato que torna a subordinação menos visível do que nos empregos formais. Esta externalização, traduzida como autonomia pelos apologistas do capital, cria a ilusão de que o trabalho deixou de ser subordinado, simplesmente porque o trabalhador não sofre às vezes uma vigilância direta do empregador, como ocorre quando o trabalho é realizado dentro da empresa.

Entretanto, o suposto trabalho autônomo é executado segundo uma obrigação por resultados, portanto, sob rigoroso controle e sob maior exploração. Trata-se tão somente de uma falsa autonomia, marcada pelo desassalariamento e pela precariedade, na qual o tempo de trabalho continua a ser uma categoria dominante³⁴. Os efeitos das transformações do trabalho na vida do trabalhador podem ser nefastos, a falsa ideia de inclusão social nada mais é do que uma nova faceta de exclusão social contemporânea.

Na medida em que “tem significado uma eliminação gradual dos vínculos empregatícios, reduz-se o contingente de trabalhadores formais de carteira assinada e aumenta assim, o número de trabalhadores destituídos de direitos e proteção social [...]”³⁵. Em resumo, o processo de terceirização da mão de obra, ou seja, a precária contratação traz consigo a enganosa ideia de que há uma colaboração, um auxílio na relação de trabalho, mas que na realidade não ocorre. Em suma, o que se constata é que o trabalhador é excluído da relação de trabalho protegida pela legislação vigente, para ser novamente recontratado, ou melhor, ser incluído de forma precária e extremamente vulnerável quanto aos direitos garantidos em lei.

³⁴ TAVARES, 2004, p. 57-58.

³⁵ CAMPOS, 2004, p. 278.

A TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA

Em 31 de março de 2017 foi promulgada a Lei 13.429/17³⁶ que passou a disciplinar o Trabalho Temporário e a terceirização. A nova lei alterou diversos dispositivos da lei 6.019/73, que versa sobre o Trabalho Temporário e também passou a dispor sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (terceirização). Pode-se destacar, que o novo instrumento legal trata: a) de inovações em relação ao Trabalho Temporário, ainda regulado pela Lei nº 6.019/74, que foi alterada; b) da regulação inaugural da terceirização de serviços (“relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros”), vez que a matéria ainda não havia sido objeto de lei, distinguindo assim o contrato de Trabalho Temporário e o contrato de terceirização de serviços, regulando-os em dispositivos distintos.

Tratando-se de um instrumento normativo, que passou a regular contextos novos a partir da derivação do que antes já disciplinava, não advindo assim como diploma isolado, mas concebido também para alterar preceitos da Lei nº 6.019/1974, somando-se a novos artigos. O Trabalho Temporário, pactuava-se como o fornecimento de trabalhadores que ficavam por curtos períodos subordinados ao tomador, na terceirização contrata-se serviços especializados, executados autonomamente por empresa prestadora³⁷.

Nesta seara, se antes havia apenas a regulação de terceirização em atividade-fim, sob permissivo para situação meramente provisória, sob o manto do denominado Trabalho Temporário, as inserções havidas apenas passaram a regular a terceirização em atividade-meio, sem o delimitador temporal, no contraponto razoável ao modelo, assim definido pelo legislador, ainda que outra pudesse ser a ideia inicial na tramitação da norma, porque a interpretação autêntica ou histórica não se deve invocar como base para compreender a norma, já que lei não deve ser o que o legislador quis dizer, mas antes o que se extrai como dito pela própria norma legal.³⁸

Até a regulamentação da Lei 13.429/17, a terceirização era regulada através do entendimento da Justiça do Trabalho, consagrado na Súmula 331 do Tribunal Superior do

³⁶ TRINDADE, Rodrigo. **Lei 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas**. Disponível em <<http://www.amatra4.org.br>> Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁷ TRINDADE, Lei 13.429/2017.

³⁸ OLIVEIRA, Alexandre Nery. **Terceirização segundo a Lei nº6019/74 com a redação da Lei 13.429/2017**. Disponível em <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 11 jul. 2018.

Trabalho, a qual estabelecia que a terceirização de atividades-meio da empresa tomadora dos serviços era legal, mas a terceirização de atividades-fim ilegal. Apesar da equivocada interpretação de que a nova lei possibilita a terceirização de todas as atividades e ao contrário do que foi vastamente divulgado pelos meios de comunicação social, não houve previsão expressa para que a atividade-fim da tomadora de serviços seja terceirizada. O que a nova lei autoriza é a terceirização em atividades específicas e determinadas.

A Lei nº 13.429/2017 traz requisitos específicos para terceirização de serviços e não a prática irrestrita, [...]a prática não pode ser considerada literalmente "irrestrita", no sentido de não haver balizas para seu regular desenvolvimento. [...] Assim, tem-se por intermediação irrestrita aquela que aceita objeto mais amplo, englobando atividades-meio e atividades-fim³⁹, quando da regulamentação da terceirização deveria constar o "enquadramento dos terceirizados na atividade preponderante do tomador de serviços, com os mesmos direitos e benefícios e a responsabilidade solidária do tomador", a mesma só terceirizaria por necessidade e não para diminuir custos e precarizar condições de trabalho.⁴⁰

Reconhece-se que o texto legal sancionado é amplo, dá margem tanto para a argumentação quanto para a possibilidade de terceirização da atividade-fim, mas certamente não se pode afirmar que a lei autorizou a terceirização de todas as atividades da empresa. O diploma em comento, tem potencial de grandes modificações nas relações trabalhistas. Abre-se perspectiva de alargamento de modo de organização do trabalho, com grande substituição do trabalho-emprego "direto" pelo Trabalho Temporário e terceirizado⁴¹.

A regulamentação da terceirização se tonou uma tentativa de conferir maior estabilidade política ao governo na medida em que a lei atende a pressões de influentes grupos sociais, até porque o legislador conscientemente regulamentou a lei. Porém, a prevista reforma trabalhista, em contrassenso, fez com que a terceirização também causasse, indiretamente, prejuízos ao trabalhador no sentido de desmobilizá-lo, no que tange a greves e manifestações.

³⁹ PINTO, Bruno Ítalo Sousa. **A lei da terceirização é exemplo de legislação simbólica?** 2017. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 02 jul. 2017.

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **"Subcontratação ou Terceirização"**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, nº 83, set, 1993.

⁴¹ TRINDADE, Lei 13.429/2017.

Um dos pontos da reforma trata da contribuição da sindical anual, que era obrigatória e, após a reforma, se tornou facultativa. A falsa ideia de que o empregado teria tanto a liberdade de escolha quanto ao recolhimento da contribuição sindical, traz como finalidade o enfraquecimento dos sindicatos e assim a ideia de eliminar suas ações, que é de grande interesse do setor patronal. Já que os sindicatos são financiados pelo Imposto Sindical, tem pouco incentivo para buscar ganhos efetivos nas negociações coletivas e proteger os direitos dos trabalhadores, ficando o setor patronal à vontade para explorar os trabalhadores.

A terceirização como foi aprovada pelo governo, traz uma falsa promessa de criação de mais empregos, porém o que se vê na prática, na maioria dos casos são desvantagens para os trabalhadores terceirizados. O objetivo da terceirização como fora aprovado na Lei 13.429/17 é a diminuição dos custos da atividade empresarial, onde a empresa principal passa a atribuir parte de suas atividades a outras empresas. Contudo, na busca por tais objetivos, os trabalhadores estão perdendo a vinculação jurídica com as empresas, tendo em vista o aumento crescente das empresas prestadoras de serviço.

O que se constata é a precarização das condições laborais, com ambientes de trabalho inseguros e inadequados, que provocam muitos acidentes em decorrência disto. Com exemplo, quatro em cada cinco acidentes de trabalho, incluindo os óbitos, envolvem empregados terceirizados, sendo que o total de trabalhadores terceirizados afastados por acidentes é quase o dobro do total registrado diretamente pelo tomador. A razão é simples: as empresas terceirizadas não investem na segurança dos seus empregados e não estão preocupadas com a saúde e vida deles.⁴²

Outra medida trazida pela reforma é a garantia ao terceirizado, que trabalha nas dependências da empresa contratante, do mesmo atendimento médico e ambulatorial destinado aos demais empregados. Contudo, a lei não obriga a empresa a oferecer o mesmo tratamento, assim deixando a critério da empresa a garantia de igualdade de condições. Com a reforma trabalhista, Lei 13.467/17, alterou-se novamente a redação da Lei 6.019/74⁴³ para prever expressamente a possibilidade de terceirização nas atividades-fim das empresas. Ela estabelece que a prestação de serviços a terceiros compreende a transferência de qualquer

⁴² MELO, Raimundo Simão. **Lei da Terceirização retira garantias e precariza relações de trabalho**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 03 jul. 2017.

⁴³ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho CLT Comparada: o que mudou – com base na Lei n.º 13.467 de 13 de Julho de 2017**. (Org.) Danilo Gaspar e Iuri Pinheiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, vejamos as alterações:

Art. 4º-A, “caput”, Lei 6.019/74 (redação dada pela Lei 13.467/17). Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Art. 5º-A, “caput”, Lei 6.019/74 (redação dada pela Lei 13.467/17). Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Outro ponto relevante, refere-se à responsabilidade pelos créditos oriundos do vínculo empregatício, antes da regulamentação da terceirização a responsabilidade do tomador de serviços era de que, em sendo comprovado a contratação de serviços terceirizados de forma irregular, a responsabilidade das empresas pelos encargos seria solidária. Porém, após a regulamentação da Lei 13.429/17⁴⁴ a responsabilidade da tomadora de serviços passou a ser subsidiária em relação as dívidas relacionadas aos terceirizados, ou seja, a tomadora só poderá ser obrigada a pagar aqueles valores devidos pela cedente de mão de obra se esta não honrar seus débitos.

Art. 5º-A, § 5º, lei 6.019/74. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da lei 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela lei 13.429/2017)

Ainda, destaca-se que a quarteirização também foi abarcada pela nova legislação, onde se permite que uma empresa contratada, já terceirizada, possa repassar a integralidade ou parte da mesma atividade, a que fora contratada para realizar, para outra empresa. Desta forma, a lei [...] “institucionaliza a prática conhecida por prejudicar trabalhadores a partir do achatamento de salário e pulverização da referência de empregador”⁴⁵.

Assim, a terceirização pode promover a redução e até mesmo a extinção do quadro direto de empregados da tomadora, já que a terceirização, da forma que fora aprovada e que vem sendo julgada por nossos Tribunais, é um contrassenso perante o Direito do Trabalho, que tem por finalidade a proteção dos trabalhadores. É nítida assim, a permissão da

⁴⁴ BRASIL. Lei n.º 13.467/ 2017.

⁴⁵ TRINDADE, Lei 13.429/2017.

precarização do trabalho através da terceirização, ao passo que se deu liberdade da empresa desenvolver suas atividades sem ter contratos de trabalho formalizados.

A terceirização também uma estratégia de poder, viabilizada pela nova relação de forças entre capital e trabalho, ela aprofunda a desigualdade entre os atores sociais, minando a força do grupo e abalando os alicerces do próprio Direito. Nesta senda, ao se referir que não há perspectivas de oferecimento de maior segurança jurídica em curto ou médio prazo, “a lei inaugura novos conceitos indeterminados e não esclarece a exata extensão de direitos assegurados aos já precarizados trabalhadores terceirizados e temporários em relação aos empregados diretos do tomador de serviços”⁴⁶.

Contudo, ao se deparar com tal situação e diante da triste realidade do aumento gradativo do desemprego, não restará outra alternativa ao operário a não ser submeter-se, engajar-se a esta nova forma de contratação existente. Tal previsão, dentre outras, gera instabilidade jurídica e ao contrário *sensu* da proposta de criação de empregos, aumentou ainda mais a litigiosidade, tendo em vista que a gananciosa busca empresarial pela redução de custos e maximização de lucros acarretaram violações dos direitos fundamentais do trabalhador, o qual será submetido a exploração, já que não lhe restará outra opção.

Desta forma, o novo controle da atividade laboral se intensifica no contexto da exploração do trabalho, permeado pelo ataque aos benefícios sociais, pela falta de segurança e pela precariedade das condições ambientais em que são inseridos os operários, resultando assim em forma precária e marginalizada de inclusão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O impacto das transformações ocorridas no mundo do trabalho, seja pelos avanços tecnológicos, seja pela reestruturação produtiva e organizacional, traz à tona uma triste realidade. Neste cenário, um lado se destrói de forma gradativa os empregos formais e o outro se fomenta mais intensamente a ideia de informalidade, pois se criam novas formas de inserção do trabalho informal.

A busca pela competitividade e pela redução de custos acaba por contribuir para o aumento da contratação da mão de obra terceirizada. A contratação de tal mão de obra, ao

⁴⁶ TRINDADE, Lei 13.429/2017.

mesmo tempo em que possibilita a criação de novos empregos, também constitui uma forma de redução de custos, seja ela quanto aos encargos sociais, seja quanto às indenizações trabalhistas. Consta-se que a terceirização provoca neste contexto o surgimento do trabalho informal, precário e marginalizado, centrado na ideia da flexibilização, tendo como enfoque a supressão de direitos, tornando-se um instrumento de exploração que, em síntese, visa descentralizar a mão de obra sem abrir mão da centralização do capital.

Desta maneira, o aumento do desemprego estrutural não pode e não deve ser mascarado pela falsa ideia de inclusão social através da terceirização. Ao flexibilizar os direitos trabalhistas, que estão diminuindo, eliminam-se as formas de proteção do trabalhador, por isto diante desta realidade, buscar a redução de custos e maximização dos resultados deve ser levado em consideração o princípio que é a base do direito trabalhista e ainda deve ser observado o princípio da proteção do trabalhador, hipossuficiente na relação contratual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis. **O regime de trabalho temporário**. São Paulo: Saraiva, 1977.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho: Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Boitempo, 2002.

BRASIL. **CLT. Decreto Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10691456/paragrafo-2-artigo-581-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>> acesso em: mar. 2017.

_____. **Lei nº 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: mar. 2017.

_____. **Lei Nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores,**

e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: mar. 2017.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho CLT Comparada: o que mudou – com base na Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017.** (Org.) Danilo Gaspar e Iuri Pinheiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CAMPOS, Ginez Leopoldo Rodrigues de. **Cooperativas de trabalho e flexibilização produtiva: quando “estar juntos” transforma-se em uma estratégia perversa de exclusão.** Salvador: Caderno CRH, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização.** São Paulo: LTR, 1997.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites Constitucionais da terceirização.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 31.

ESTADÃO. **Temer sanciona terceirização com três vetos, sem salvaguarda para o trabalhador.** 31 de março de 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,temer-sanciona-terceirizacao-com-vetos,70001722268>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** São Paulo: Loyola: 1993.

KON, Anita. **Economia de serviços: teoria e evolução no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A Quem interessa a “reforma” trabalhista?** Disponível em <[http:// grupodepesquisatrabalhoecapital.wordpress.com](http://grupodepesquisatrabalhoecapital.wordpress.com)> Acesso em: 04 jul. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 5 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A terceirização e o direito do trabalho.** 9 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **A terceirização e o direito do trabalho.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELO, RAIMUNDO SIMÃO. **Lei da terceirização retira garantias e precariza relações de trabalho.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> acesso em: 03 jul. 2017.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social.** 2003.

Disponível em: <www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **“Subcontratação ou Terceirização”**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, nº 83, set, 1993.

OLIVEIRA, ALEXANDRE NERY. **Terceirização segundo a lei nº6019/74 com a redação da lei 13.429/2017**. Disponível em <<http://www.jus.com.br>> acesso em: 11 jul. 2017.

PINTO, BRUNO ÍTALO SOUSA. **A lei da terceirização é exemplo de legislação simbólica?** 2017. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> acesso em: 02 jul. 2019.

SILVA, Rogerio Geraldo. **A terceirização no Brasil e a súmula 331 do TST**. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 09 jun. 2018.

TAVARES, Maria Augusta. **Os fios (in)visíveis da produção capitalista: Informalidade e precarização do trabalho**. São Paulo: Cortez, 2004.

TRINDADE, Rodrigo. **Lei 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas**. Disponível em <<http://www.amatra4.org.br>> Acesso em: 12 jul. 2019.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NASCITURO

Elenita Bentz¹

Resumo: O objetivo desse artigo é apresentar o nascituro como titular da proteção dos direitos da personalidade desde a concepção, amparado e protegido pelo manto legal. Sob essa ótica, para alcançar esse objetivo, se traz em um primeiro momento a definição de nascituro. Faz-se a análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Lei Maior. Propõe uma leitura acerca dos Direitos da Personalidade e, conseqüentemente da Proteção desses direitos. Em seguida, uma análise acerca das teorias da natureza jurídica do nascituro, bem como da teoria concepcionista, trazendo a ideia de que a personalidade jurídica se origina desde a concepção, tornando o ser concepto, reconhecido como pessoa e sujeito de direitos protegido pelo ordenamento jurídico. Por fim, traz o nascituro e os direitos da personalidade: da aplicabilidade indireta da teoria concepcionista no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Proteção. Direitos da Personalidade. Nascituro. Teoria Conceptionista.

INTRODUÇÃO

A proteção da pessoa humana está prevista no Código Civil e consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil. Cabe, portanto, discutirmos a partir de que momento a pessoa adquire personalidade e passa a ser protegida/amparada pelo manto legal.

A discussão dos direitos da personalidade aplicáveis ao nascituro cada vez mais comentado e polêmico na esfera jurídica brasileira. Oportuno assim, uma reflexão acerca desses direitos, que reconhece o nascituro como pessoa humana desde a concepção, gozando de ampla proteção legal.

Para uma análise aprofundada e basilar acerca do início da personalidade jurídica, traz-se à baila as três teorias que explicam o início da personalidade, o momento e as condições em que se pode dizer que o nascituro se torna pessoa, sujeito de direitos.

Se quer falar aqui, de um ser humano, um nascituro, um bebê, ainda não nascido, amparado e protegido pelos escudos legais.

¹ Advogada inscrita na OAB/RS nº 93.396. Vice-presidente da Comissão Especial de Direito do Trânsito da OAB/RS. Coordenadora e idealizadora da Comissão Mista de Direito do Trânsito do RS. E-mail: elenitabentz@gmail.com

O propósito do artigo é trazer imperiosamente conclusões que possam amparar e proteger o nascituro como pessoa humana, enquanto ainda no ventre materno titular dos direitos da personalidade.

1 CONCEITO DE NASCITURO

Willian Artur Pussi² ensina que a expressão *nascituro*, “comumente usado como adjetivo, particípio do futuro de *nascor*, também pode ser substantivo masculino, ou adjetivo conforme a sua aplicação. Nos dos lexicógrafos de boa fama, indica exatamente o que está por nascer”.³

Ainda, o vocábulo nascituro, “pode ser entendido como o que há de vir ao mundo já estando concebido (*conceptus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou, continuando *pars ventris* ou das entranhas maternas, sendo aquele que deverá nascer, *nascere* de étimo latino”⁴.

Define De Plácido e Silva⁵, em seu respeitado dicionário jurídico, que o vocábulo *nascituro* deriva do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, indicando aquele que há de nascer. *Nascituro* é “o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: *está em vida intra-uterina*. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”⁶. Nascituro é aquele que está potencialmente por nascer⁷.

O Código Civil de 2002 em seu art. 2º, prevê que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Assim, vislumbra-se que o conceito de nascituro é o ente gerado no ventre materno, mas que ainda não nasceu.

Nota-se, que o entendimento de *nascituro* é de pessoa humana, concebida e existente no ventre materno, porém, ainda não nascido.

² PUSSI, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2. ed. rev., atual e reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p.47.

³ Idem.

⁴ PUSSI, op. cit., p.47.

⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 3.

⁶ Idem.

⁷ FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário Jurídico de Bolso**. 19. ed. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 171.

Flávio Tartuce leciona que nascituro é “aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu”⁸. Assevera ainda que “expressão *nascituro*, constante do art. 2º do Código Civil, deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra crioconservado”⁹.

Modernamente com o desenvolvimento da biotecnologia e o avanço das técnicas de reprodução assistida, o conceito de nascituro ampliou-se do ente já concebido no ventre materno. Nessa esteira, inclui-se o embrião humano, decorrente de fertilização *in vitro*.

Paulo Lôbo menciona que “nascituro é o ser humano que se desenvolve no ventre feminino”¹⁰ e que sua existência para os fins do direito civil, “tem início com a implantação uterina efetiva, por meios naturais ou artificiais e se encerra quando nasce com vida ou morto”¹¹.

Por fim, adverte Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹² que o nascituro distingue-se da prole eventual, na medida em que a prole eventual consiste no filho que, futuramente, será gerado por alguém, nem sequer fora ainda concebido, não se confundindo com o nascituro. Referente a esse entendimento, assim explica-se:

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo, que não foi concebido ainda. É o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, dêe que venha a ser concebido nos dois anos subsequentes à morte do testador (art. 1.800, § 4º, CC).¹³

Apreende-se que o termo nascituro trata do ser gerado e concebido no ventre materno – não se excluindo os embriões pré-implantados – porém, ainda não nascido. Trata-se de um ser humano que está por nascer.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e Parte Geral**. 11.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 121.

⁹ Idem. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ssgXXuVwPQkJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 17 jun. 2015.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.101.

¹¹ Ibidem, p.101.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 10.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p.301.

¹³ Idem, ibidem, p.301.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO NASCITURO E SUA PROTEÇÃO

Os direitos da personalidade são inerentes à condição humana e estão ligados ao indivíduo de maneira perpétua e permanente, eis que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e expressam o valor absoluto e imensurável atribuído ao ser humano.

Nas palavras de Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida¹⁴ “a personalidade jurídica é uma qualidade jurídica ou estatuto onde se vaza diretamente a dignidade do homem, de todos os homens”¹⁵.

A Constituição Federal de 1988, garante em seu art. 5º, *caput*,¹⁶ que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Alexandre de Moraes¹⁷ observa que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”¹⁸. Impende ressaltar, a Constituição Federal protege a vida de forma geral, inclusive uterina.¹⁹

A personalidade civil, na acepção técnica do art. 2º, *caput*, do Código Civil de 2002,²⁰ começa do nascimento com vida, porém, desde a concepção a lei põe a salvo os direitos do nascituro.

Diz o Código Civil pátrio de 2002, em seu art. 1º,²¹ “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. E em seu art. 2º, primeira parte, que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]”.

Nota-se que ao analisarmos o artigo 1º e o 2º, conjuntamente com o que foi escrito anteriormente, chegaremos a seguinte conclusão: toda pessoa tem personalidade jurídica na ordem civil, ou seja, toda pessoa tem personalidade.

¹⁴ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge (Org); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p.72.

¹⁵ *Ibidem*, p.72.

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. 2.reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p.35.

¹⁸ *Ibidem*, p.35.

¹⁹ *Ibidem*, p.36.

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

²¹ *Idem*.

Por tais motivos, ganha vigor uma outra forma de percepção do início da personalidade civil, objetivando uma proteção mais acentuada dos direitos da personalidade. Desta vez, desde a concepção.

Ensina Anderson Schreiber²² “compreender a unidade da proteção jurídica reservada à condição humana é importante também para entender por que o rol de direitos da personalidade contemplados pelo Código Civil não é taxativo ou fechado”²³.

Seguindo essa linha de intelecção, é importante mencionar a Lei nº 8.069/1990 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo no art. 7º da referida Lei, a salvaguarda do nascimento do nascituro:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a **proteção à vida e à saúde**, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o **nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.**
(Grifo nosso)

Nota-se que o nascituro já é titular dos direitos da personalidade. Com efeito, o valor da pessoa humana é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno.²⁴

Seguindo a esteira de Maria Helena Diniz²⁵, afirma-se que na vida intra-uterina, tem o nascituro e, na vida extra-uterina, tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal* no que tange aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais somente com o nascimento.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁶ desde a concepção já há a proteção da personalidade jurídica e o nascituro já é titular de direitos da personalidade. Nessa linha de raciocínio, o valor da pessoa humana é estendido a todos os seres humanos, “sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno”²⁷ e perceber essa assertiva significa respeitar o ser humano em toda sua plenitude.

²² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p.14.

²³ Ibidem, p.14.

²⁴ FARIAS, op. cit., p.303.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.524.

²⁶ FARIAS, op. cit., p.303.

²⁷ FARIAS, op. cit., p.303.

Destaca Antônio Luís Carbonari²⁸ que “a personalidade o nascituro teria desde a concepção e todos os direitos de personalidade estariam tutelados pelo Direito”.²⁹

Faz-se oportuno destacar o trecho das lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁰ que assim preleciona:

Vale aqui destacar que **a vida é anterior ao direito, devido ao nascituro ter seus interesses e direitos protegidos desde a concepção**. Dessa maneira, a proteção jurídica surge com a concepção e extingue-se com a morte do indivíduo. A legislação brasileira, apesar de condicionar o início da personalidade ao nascimento com vida com base em opção político-legislativa, não deixa de resguardar os direitos anteriores, advindos do período de gestação, notadamente em razão da dignidade da pessoa humana.³¹ (Grifo nosso)

Asseveram Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior³² que não se pode negar que o legislador deixou de reconhecer as consequências jurídicas da natureza humana do nascituro, dedicando-lhe proteção especial. Com isso, vislumbra-se que os direitos da personalidade do nascituro encontram-se amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, a despeito do que dispõe a legislação, no direito brasileiro, três correntes doutrinárias ainda procuram definir e demarcar o início da personalidade, e, por conseguinte, determinar a condição jurídica do nascituro, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

3 DAS TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

3.1 Teoria Natalista

De acordo com a teoria natalista, o nascituro não tem vida independente, nem mesmo existência própria. Trata-se de mera expectativa de pessoa e conseqüentemente, só lhe será atribuída personalidade jurídica se nascer com vida. O nascituro não é pessoa.

Silvio Rodrigues³³ define que a personalidade jurídica só se adquire se o nascituro nascer com vida. Nesse diapasão, destaca-se o entendimento do autor:

²⁸ CARBONARI, Antônio Luís. **Direito à Identidade e Cidadania**: as consequências da falta de registro de nascimento. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p.46.

²⁹ Ibidem, p.46.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p.25.

³¹ Ibidem, p.25.

³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.35.

³³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.36.

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. **A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida.** Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.³⁴ (Grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Silvio de Salvo Venosa:³⁵

O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, **o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade.** Embora haja quem sufrague o contrário, **trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas como esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida.**³⁶ [...] (Grifo nosso)

Ainda, argumenta Caio Mário da Silva Pereira³⁷ que “o nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica”³⁸ e, portanto, não se reconhece a personalidade jurídica do nascituro, nem mesmo, se admite que antes do nascimento, seja o nascituro sujeito de direitos no ordenamento civil.

A teoria natalista, acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, defende que a personalidade jurídica do nascituro, se dá a partir do seu nascimento com vida, conforme expressamente consta no art. 2º do Código Civil: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Percebe-se que a teoria natalista nega ao nascituro, inclusive, os seus direitos fundamentais, consoante assinala Flávio Tartuce:³⁹

[...] a *teoria natalista* nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.⁴⁰

³⁴ Ibidem, p.36.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral.** 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.142

³⁶ Ibidem, p.142.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.181.

³⁸ Idem.

³⁹ TARTUCE, Direito Civil..., op. cit., p.122.

⁴⁰ Ibidem, p.122.

Assim, perante o ordenamento jurídico brasileiro, o nascimento com vida é requisito essencial para que se adquira personalidade jurídica.

Outrossim, convém acentuar que a constatação a fim de saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que durante alguns segundos, se faz através do exame clínico denominado *docimasia hidrostática de Galeno*, conforme a lição de Carlos Roberto Gonçalves:⁴¹

Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de GALENO. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou ar nos pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos na água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.⁴²

Denota-se que a questão do início da personalidade para os natalistas, verifica-se através do nascimento com vida. Se a criança nascer com vida, se comprovado que a criança respirou, então houve nascimento com vida, bem como, aquisição da personalidade jurídica⁴³, considerado, então, sujeito de direitos e deveres na ordem civil.

Logo, ainda que a criança venha a falecer instantes depois do nascimento, uma vez apurada a ocorrência da respiração, tem-se o fenômeno da vida como consumado e a personalidade jurídica como adquirida.

3.2 Teoria da Personalidade Condicional

Para os adeptos da Teoria da Personalidade Condicional, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva. O fundamento dessa tese encontra amparo no art. 130 do Código Civil atual.⁴⁴

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.102.

⁴² Idem.

⁴³ VENOSA, op. cit., p.141.

⁴⁴ **Art. 130.** Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo,⁴⁵ seguidor da teoria da personalidade condicional, “reconhece-se a existência do ser humano a partir da concepção. A personalidade é condicional, dependente do nascimento com vida”.⁴⁶

Segundo a lição de Washington de Barros Monteiro,⁴⁷ filiado à teoria condicionalista, há para o feto uma expectativa de vida humana, haja vista se tratar de uma pessoa em formação, em que a lei lhe salvaguarda os seus eventuais direitos:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.⁴⁸

Paulo Lôbo⁴⁹ afirma que é garantido ao nascituro a tutela dos direitos se nascer com vida, quando se converterá em pessoa. “É o direito expectativo, que incide imediatamente ao início da gravidez. O direito expectativo é resolúvel, pois se encerra com o parto”.⁵⁰

Nessa esteira, constata-se que a Teoria da Personalidade Condicional, nada mais é do que uma expectativa de nascimento do nascituro, o qual adquirirá personalidade jurídica, se nascer vivo.

Lembra Flávio Tartuce⁵¹ que essa linha de entendimento não responde ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade em favor do nascituro, como veremos a seguir:

O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalta-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativas de direito.⁵²

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.128.

⁴⁶ *Ibidem*, p.128.

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.104.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ LÔBO, op. cit., p.103.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ TARTUCE, Direito civil..., op. cit., p.122.

⁵² *Idem*.

Assim, depreende-se dessa corrente condicionalista, que o nascituro tem apenas direitos eventuais, meras expectativas de direito, não havendo uma proteção desde a sua concepção. E o nascituro, não pode estar à mercê da falta de reconhecimento dos seus direitos efetivos.

Vale ressaltar, que a teoria da personalidade condicional, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves sustenta que “o nascituro é pessoa condicional”⁵³, pois a aquisição da personalidade dependerá do seu nascimento com vida. Assim, adverte o autor:

[...] o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. [...]⁵⁴

Contudo, para os condicionalistas, a aquisição da personalidade jurídica do nascituro, começa desde o nascimento com vida, não havendo proteção a sua personalidade, enquanto concebido.

Concluindo essa linha de pensamento, Willian Artur Pussi afirma que a Teoria da Personalidade Condicional “sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com vida. Ou seja, uma vez que se verifique o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção”.⁵⁵

3.3 Teoria Concepcionista

A Teoria Concepcionista sustenta que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção, “o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei”.⁵⁶

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁷ destacam que o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, sendo assim, considerado pessoa. Asseveram ainda que “essa linha doutrinária rende ensejo inclusive a se admitirem efeitos patrimoniais, como o direito aos alimentos, decorrentes da personificação do nascituro”.⁵⁸

⁵³ GONÇALVES, op. cit., p.103.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ PUSSI, op. cit., p.87.

⁵⁶ TARTUCE, Direito civil..., op. cit., p.123.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 17.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1, p.131.

⁵⁸ Ibidem, p.132.

Nessa mesma acepção, destaca Carlos Roberto Gonçalves que a teoria concepcionista admite que se adquira a personalidade jurídica desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida.⁵⁹

Na esteira desse conceito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona que “a corrente concepcionista afigura-se como terceira teoria, sustentando que a personalidade tem início desde a concepção do ser e não está sujeita a qualquer condição”.⁶⁰ A proteção jurídica do nascituro surge com a concepção e extingue-se com a morte.⁶¹

Ao analisar o tema, comenta Willian Artur Pussi:

Diante disso, emerge como certo que os direitos do nascituro não poderiam ser atribuídos como sendo, unicamente, restritos aos descritos no Código Civil. Isto, diante da grande diversidade de fatos e eventos sociais, assim como da evolução médica, que venha a expandir a necessidade básica de proteção aos direitos fundamentais do nascituro.⁶²

Seguindo essa linha de entendimento, muito bem acrescenta Silmara Juny Chinelato⁶³:

A terceira corrente doutrinária é por mim denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da Teoria da Personalidade Condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.⁶⁴

Assim, mister ressaltar o Enunciado n. 1 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*,⁶⁵ “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem

⁵⁹ GONÇALVES, op. cit., p.103.

⁶⁰ GAMA, op. cit., p.25.

⁶¹ Idem.

⁶² PUSSI, op. cit., p.144.

⁶³ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**: parte geral. v. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 43-81.

⁶⁴ Ibidem, p.56-57.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>.

e sepultura”.⁶⁶ Como se percebe, o enunciado reconhece direitos ao nascituro e também ao natimorto, essencialmente direitos da personalidade.

O nascimento sem vida atua, portanto, como condição resolutiva dos direitos patrimoniais materiais, extinguindo-os e fazendo desaparecer a sua eficácia, na qual está compreendida, inclusive, a sua transmissibilidade. Nas palavras de Silmara Juny Chinelato, “a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutiva”.⁶⁷

Para os adeptos da teoria concepcionista, a aquisição da personalidade jurídica independe do modo como se dá a concepção, se no ventre materno, através de relações sexuais, ou *in vitro*, mediante técnicas de reprodução assistida. Isto porque, para Maria Helena Diniz, “embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher”.⁶⁸

Insta referir que o Código Civil, resguarda direitos ao nascituro, embora, que a corrente doutrinária predominante, não o considera pessoa desde a concepção. Logo, poderemos perceber, que mesmo de forma indireta, há a proteção dos direitos da personalidade do nascituro.⁶⁹ Abaixo, apresenta-se um quadro esquemático para uma análise basilar dos direitos conferidos ao nascituro pela legislação atual:

1) O nascituro é titular de direitos personalíssimos; ⁷⁰
2) Pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão <i>inter vivos</i> ;
3) Pode ser beneficiado por legado ou herança;

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil:** parte geral. v. 6. São Paulo: Método, 2007, p.57.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 20.ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.36.

⁶⁹ GAGLIANO, op. cit., p.134.

⁷⁰ A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente: **Art. 7º** A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

4) Pode ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus interesses; ⁷¹
5) O Código Penal tipifica o crime de aborto; ⁷²
6) Em decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade.

Com efeito, desde a concepção, o nascituro é titular de direitos personalíssimos e patrimoniais, que lhe são amplamente assegurados e protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio e não se restringem àqueles expressamente enumerados pelo Código Civil.

Dessa forma, faz-se mister colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 399.028⁷³, onde restou reconhecido o dano moral em favor do nascituro, cuja ementa merece transcrição:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS.

⁷¹ CC: **Art. 1.779**. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

CC: **Art. 1800**. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1 o Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775 .

§ 2 o Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3 o Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deíxa, a partir da morte do testador.

§ 4 o Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

⁷² CP: **Art. 124** - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁷³

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>.

DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 399.028 – SP (2001/0147319-0. Recorrente: Antônio Nival Leonidas e Outros. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 26 de Fevereiro de 2002). [Grifou-se]

No julgado acima, verifica-se que fora adotada a teoria concepcionista, reconhecendo que o nascituro tem direito aos danos morais. Logo, se o nascituro não tivesse tais direitos, não poderia requerer tal indenização.

Também é reconhecido os direitos da personalidade ao nascituro, através da Lei 11.804/2008⁷⁴ – Lei dos Alimentos Gravídicos. Assim, faz-se mister transcrever o disposto no art. 2º da citada Lei:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Assim, firma-se a compreensão de que o nascituro é o real titular dos alimentos gravídicos, haja vista que os alimentos gravídicos são fixados em seu favor⁷⁵ com o intuito de assegurar-lhe condições materiais para um nascimento digno. Logo, a legitimidade para reclamar dos alimentos gravídicos, é a do próprio nascituro.

Cumprindo observar que a teoria concepcionista foi recepcionada pelo Pacto de São José da Costa Rica⁷⁶, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 4º, I, que “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.⁷⁷

⁷⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm.

⁷⁵ FARIAS, op. cit., p.307.

⁷⁶ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

⁷⁷ Idem.

Parte da doutrina registra, conforme Antônio do Rêgo Monteiro Rocha,⁷⁸ “acolhido constitucionalmente o Pacto de São José pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, imprescindível é a sua aplicação sistêmica perante o art. 2º da novel codificação civil, interpretando-se que o nascituro adquire personalidade civil a partir da sua concepção”.⁷⁹

No mesmo sentido é a lição de Silmara Juny Chinelato: “da posição por nós assumida de que o nascituro é pessoa, desde a concepção, advém a consequência de que outros direitos lhe podem ser atribuídos, est modus in rebus, além dos expressamente previstos pelo Código”.⁸⁰

De qualquer forma, seja por meio da interpretação restritiva da teoria natalista, seja através da não taxatividade perfilhada pelos adeptos das teorias da personalidade condicional e concepcionista, assegurar direitos desde o surgimento da vida intrauterina, “pressupõe concluir pela proteção primordial do direito à vida do não nascido, já que este é pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos”.⁸¹

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro não tenha recepcionado a teoria concepcionista, constata-se que há um direito maior a ser resguardado, consagrado nos direitos fundamentais da Constituição Federal: o direito à vida. Assim, o nascituro, gerado e concebido no ventre materno, deve ter resguardado o seu privilégio de nascer.

CONCLUSÃO

Por nascituro entende-se o ser gerado e concebido no ventre materno, também aqueles decorrentes da fertilização *in vitro*, porém, ainda não nascido.

Denota-se que ao analisarmos o artigo 1º e o 2º do Código Civil, chega-se à seguinte conclusão: toda pessoa tem personalidade jurídica na ordem civil, ou seja, toda pessoa tem personalidade.

⁷⁸ MONTEIRO ROCHA, Antonio do Rêgo. O nascituro e sua personalidade civil à luz dos arts. 2º do CC e 5º, § 3º, da CF/1988. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 51-59.

⁷⁹ *Ibidem*, p.58.

⁸⁰ CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.238.

⁸¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007, p.41.

Parte da doutrina entende que a personalidade existe desde a concepção, já que o nascituro, desde concebido, já é titular de direitos de personalidade, como por exemplo: o direito à vida.

Ademais, estando prestigiados os direitos do feto no ECA, bem como considerando a presença das normas vigentes do Código Civil que tutelam a pessoa embrionária, há um evidente e progressivo estabelecimento da personalidade jurídica do nascituro no direito pátrio, o qual se efetiva em atendimento às exigências sociais e tem perfeita razão de ser.

Por nascituro entende-se o ser humano que foi concebido, mas ainda não nasceu. Assim, embora tenha natureza humana, o nascituro não é reconhecido como pessoa perante o ordenamento jurídico brasileiro, que não lhe atribui personalidade jurídica, mas ressalva e tutela seus direitos desde a concepção.

Por este motivo, conquanto o artigo 2º do Código Civil preceitue expressamente que a pessoa natural apenas dispõe de aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações a partir do nascimento com vida, três correntes doutrinárias ainda procuram demarcar o início da personalidade jurídica e, por conseguinte, determinar a condição jurídica do nascituro no direito brasileiro, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

Conforme a teoria natalista, adotada pelo Código Civil Brasileiro, a personalidade jurídica tem como termo inicial o nascimento com vida e, durante o período compreendido entre este e a concepção, o feto é tido apenas como *spes hominis*. O nascituro, portanto, trata-se de mera expectativa de pessoa e, como tal, possui meras expectativas de direitos, razão pela qual somente é considerado pessoa a partir da concepção para aquilo que a lei, taxativamente, considera ser-lhe juridicamente proveitoso e relevante.

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhece que o nascituro, desde a concepção, é dotado de direitos e personalidade jurídica, sobre os quais, pende condição suspensiva, consistente no nascimento com vida. Durante a gestação, o concebido tem personalidade jurídica condicional e somente o gozo pleno dos direitos personalíssimos lhe é assegurado. A eficácia dos direitos patrimoniais que lhe são atribuídos ainda no ventre materno fica, pois, subordinada ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, quando a personalidade jurídica passa a existir em sua plenitude, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois.

De acordo com os adeptos da teoria concepcionista, a personalidade jurídica tem início com a concepção, motivo pelo qual o nascituro possui personalidade jurídica e é titular de direitos personalíssimos e patrimoniais, que lhe são amplamente assegurados e protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio e não se restringem àqueles expressamente enumerados pelo Código Civil.

A despeito da teoria adotada para demarcar o início da personalidade jurídica, deve-se ter em conta que o nascituro, desde a concepção, é um ser vivo independente, distinto da mãe e dotado de autonomia genético-biológica. O concebido trata-se, pois, de um ser humano em desenvolvimento e o nascimento não é o começo da vida, mas apenas a continuidade de um ciclo que teve início com a fecundação.

Com efeito, o nascituro deve ter reconhecidos os direitos da personalidade compatíveis com a sua condição especial de indivíduo concebido e ainda não nascido, necessários para que tenha um desenvolvimento intrauterino sadio e nasça com vida, em perfeitas condições físicas e psíquicas.

São direitos que dizem respeito à própria qualidade de ser humano e têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa considerada em si mesma e em suas projeções sociais. A cada direito da personalidade, portanto, corresponde um valor fundamental, um atributo indispensável para a formação do indivíduo, que todos os seres humanos possuem como implicação de sua existência.

Não há dúvidas de que a teoria concepcionista é mais adequada ao espírito personalista adotado pela Constituição Federal, porquanto promove o respeito e a proteção integral da vida humana em todos os seus múltiplos aspectos e estágios de existência.

Assegurar ao nascituro o direito à indenização pelo dano moral, por exemplo, significa corroborar com a salvaguarda dos direitos da personalidade que lhe são reconhecidos incondicionalmente desde a concepção. É afirmar a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do ser humano como núcleo e alicerce da sociedade e da ordem jurídica brasileira.

Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social. Na medida em que a sociedade cresce, aumenta também a necessidade de se preservar os seus direitos. Se mudam os fatos, deve-se adequar o Direito, através de leis e medidas que condizem com a modernidade de nosso País.

Por tais motivos, recepcionar a teoria concepcionista em nosso ordenamento, é reconhecer que os direitos da personalidade são inerentes à condição humana e estão ligados de maneira perpétua e permanente, na medida em que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e estão relacionados com o desenvolvimento da pessoa em seus múltiplos aspectos.

Por fim, frise-se que a atribuição da personalidade jurídica ao nascituro é o destino de um caminho que começou a ser percorrido no momento em que se pôs a salvo os direitos do ser concebido. É a aplicabilidade indireta da teoria concepcionista – apesar de não ser a adotada em nosso ordenamento –, porquanto não se pode negar ao ser humano em seu mais frágil e soturno estágio de vida o pleno amparo e cuidado assegurados pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge (Org); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

CARBONARI, Antônio Luís. **Direito à Identidade e Cidadania**: as consequências da falta de registro de nascimento. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: família, sucessões. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**: parte geral. v. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 43-81.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20.ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 10.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário Jurídico de Bolso**. 19. ed. Campinas: Millennium Editora, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 17.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2006.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUTZKY, Daniela Courtes. Uma Análise dos direitos de personalidade. **Revista Cultura Jurídica**, v.1, n.2 , p. 67-98, jul./dez. 2012.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. v.4

MONTEIRO ROCHA, Antonio do Rêgo. O nascituro e sua personalidade civil à luz dos arts. 2º do CC e 5º, § 3º, da CF/1988. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 51-59.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. 2.reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PUSSI, Willian Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2. ed. rev., atual e reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e Parte Geral**. 11.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2015.

_____. **A situação jurídica do nascituro:** uma página a ser virada no direito brasileiro. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ssgXXuVwPQkJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 17 jun. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Parte Geral. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AS TUTELAS DE PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO NA UNIÃO EUROPEIA FACE À SUA HIPERVULNERABILIDADE

Evânia Romanosky¹

RESUMO: O envelhecimento da população é um tema com relevância global. Na União Europeia, a transição demográfica não é mais um novo tema devido ao aumento exponencial da expectativa de vida, entre outros fatores. Por outro lado, os países mais jovens aceleraram o crescimento em um curto período. A transição demográfica que ocorre em todo o mundo também é observada no Brasil, mas em um ritmo acelerado. A preocupação com a necessidade de proteger os idosos não é nova. Analisará as medidas protecionistas, baseadas em direitos sociais, fundamentadas nos tratados internacionais e na letra do direito Aspectos fundamentais. Tem como objetivos: analisar o desafio demográfico da população idosa e os mecanismos de integração jurídica europeia com legislação protetiva que permita a política social, econômica e política no cenário europeu; contextualizar os idosos como vulneráveis no cenário Dand transição demográfica na União Europeia; pontuar aspectos importantes do fenômeno do envelhecimento da população da União Europeia e o reflexo da renúncia no mercado econômico e consumidor da União Europeia; introduzir o sistema regulatório da União Europeia e identificar as normas de proteção; apontar as deficiências estruturais da União Europeia em relação ao desafio demográfico; e identificar as medidas tomadas pela União Europeia no quadro legislativo que prevê a inclusão dos idosos. As hipóteses que serão trazidas são: (i) O desafio demográfico com o crescimento expressivo da população idosa contribui para um na consciência sobre os padrões socioeconômicos na União Europeia? e (ii) A reintegração dos idosos em atividades sociais, econômicas e políticas reforça sua capacidade sem ameaça à sua integridade física e psicológica? Quais são as medidas protetivas para os idosos? A pesquisa será desenvolvida com as ferramentas de pesquisa bibliográfica e uma abordagem teórica e documental destinada a alcançar o problema central "Quais são os mecanismos de integração para a população em crescimento A União Europeia e a identificação da União Europeia telas protetoras?

Palavras-chaves: Pessoas idosas, proteção, União Europeia, Alemanha, Hipervulnerabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O envelhecimento da população é um tema com relevância global. Na União Europeia a transição demográfica já não é um assunto novo em virtude do aumento exponencial da expectativa de vida, entre outros fatores. Em contrapartida os países mais jovens apresentam um crescimento acelerado, num curto espaço de tempo.

¹ Pesquisadora Cnpq- UFRGS, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais – UFRGS, OAB/RS 90.718. E-mail: evaromanovsky@hotmail.com

A transição demográfica ocorrida em todo o mundo também é observada no Brasil, porém num ritmo acelerado, como explica Serra:

Assim, o Brasil, que sempre foi considerado um país de jovens, está em pleno processo de envelhecimento, as pessoas estão convivendo com esta nova realidade, em primeira vista à alvissareira, mas que traz no seu bojo profundas implicações. Posto que os países desenvolvidos envelheceram ao longo de muitas décadas, gozando de níveis altos. O Brasil está envelhecendo muito mais rapidamente – para atingir expressivo contingente populacional, a França levou 150 anos, e nós estaremos alcançando em 2015 em três décadas; num contexto de desigualdades sociais originadas de problemas não resolvidos em diversas áreas: educação, saúde, saneamento, desemprego, segurança, preservação do meio ambiente, empregos.²

A preocupação com a necessidade de proteção ao idoso não é nova. O envelhecimento da população mundial, como resultado de uma multiplicidade de fatores relacionados aos avanços tecnológicos e melhoria de condição de vida, faz com os organismos internacionais, os Estados nacionais e a sociedade civil se ocupem da proteção ao idoso. Já em 1982 o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento foi aprovado pela Assembleia Mundial sobre Envelhecimento (convocado em 1978 pela Res. 33/52 da Assembleia Geral da ONU).³

Provavelmente a mais importante será a transição marcada para uma estrutura populacional muito mais envelhecida, um desenvolvimento que já é visível em vários Estados-Membros da União Europeia. Por conseguinte, a proporção de pessoas em idade ativa está a diminuir, ao passo que o número relativo de aposentados está a aumentar. A percentagem de idosos na população total aumentará significativamente ao longo das próximas décadas, à medida que uma maior proporção da geração do *baby boom* atinge a idade da aposentadoria. Essa mudança acarretará a um aumento do ônus sobre os ativos, que terão de suportar as despesas sociais exigidas pela população envelhecida para uma série de serviços.⁴

² SERRA, Jacira do Nascimento. Direitos Humanos e Envelhecimento: Avanços, conquistas, entraves. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (coord.). **Direitos Humanos: Direito de quem?** Curitiba: Juruá, 2012. p. 95-116. p. 97.

³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴ EUROSTAT. **Statistics Explained**. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f78f31d-1cac-4263-a76d-7077555349da/language-pt>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

Ante a este contexto, a situação já tem se mostrado alarmante e vem preocupado os líderes políticos europeus, uma vez que o acelerado crescimento da população idosa exige planejamento na área social, saúde, econômica e jurídica normativa. Assim, vê-se uma interligação direta entre os direitos fundamentais do idoso e sua posição econômica na sociedade, como pessoa, como consumidor, como possuidor de autonomia de vontade.

O próprio conceito de bem-estar, apesar de ser um dos conceitos mais estudados na gerontologia, continua vago. Isso se deve ao fato de que existem diferentes fatores que contribuem para o bem-estar, mas, sobretudo, porque é um conceito de avaliação subjetiva e individual. Sem entrar em detalhes dessa discussão científica ampla⁵, pode-se nomear três fatores que têm grande influência para o bem-estar de pessoas idosas: em primeiro lugar vem a saúde subjetivamente percebida pela própria pessoa; em segundo, relações sociais que são percebidas como equilibradas e satisfatórias; em terceiro, a situação econômica⁶. Apesar de esses três fatores influenciarem fortemente na satisfação de vida de pessoas idosas, notam-se grandes diferenças entre as pessoas, entre mulheres e homens e entre diferentes culturas⁷.

O Ano Europeu do Envelhecimento Ativo e Solidariedade entre Gerações procurou incentivar as partes interessadas em todos os níveis a determinar objetivos ambiciosos e a empreender ações que permitissem que as sociedades enfrentassem o envelhecimento demográfico fortalecendo a contribuição dos mais velhos junto da sociedade e aumentando a sua independência. Esta foi uma iniciativa oportuna, visto que grandes grupos de pessoas nascidas no final dos anos 40 e 50 estão agora a aproximar-se da idade da reforma. Por conseguinte, a alteração demográfica está a ocorrer neste preciso momento na UE com enormes consequências a nível social, económico, orçamental e político. Notam-se duas tendências em particular. Em primeiro lugar, o total da população com idade profissional ativa (entre os 15 e os 64 anos) terá uma diminuição de 20,8 milhões entre 2005 e 2030, conforme os grupos do *baby-boom* se forem aposentando. Isso tem implicações tremendas para o futuro dos empregos e do crescimento na UE, assim como para a sustentabilidade da proteção social e dos sistemas de saúde que enfrentam uma lacuna cada vez maior entre as necessidades de gasto e os rendimentos provindos dos impostos e contribuições⁸.

⁵ NERI, 1999; DOLL, 2003.

⁶ MINNEMANN e LEHR, 1994.

⁷ DOLL, 1999.

⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **A contribuição da UE para um envelhecimento ativo e solidariedade entre as gerações**. 2012. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/5f78f31d-1cac-4263-a76d-7077555349da>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

A “teoria da atividade” se difundiu rapidamente não só na União Europeia, mas de forma global, como a própria expressão sugere que a continuidade de atividades e papéis sociais nas idades mais avançadas estão diretamente interligadas aos níveis mais elevados de bem-estar e de qualidade de vida.

O mundo está no centro de uma transição do processo demográfico única e irreversível que irá resultar em populações mais velhas em todos os lugares. À medida que taxas de fertilidade diminuem, a proporção de pessoas com 60 anos ou mais deve duplicar entre 2007 e 2050, e seu número atual deve mais que triplicar, alcançando dois bilhões em 2050. Na maioria dos países, o número de pessoas acima dos 80 anos deve quadruplicar para quase 400 milhões até lá. As pessoas mais velhas têm cada vez mais sido vistas como contribuintes para o desenvolvimento, e suas habilidades para melhorar suas vidas e suas sociedades devem ser transformadas em políticas e programas em todos os níveis. Atualmente, 64% de todas as pessoas mais velhas vivem em regiões menos desenvolvidas – um número que deverá aproximar-se de 80% em 2050. O Plano de Ação Internacional de Madri, adotado na Segunda Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento em 2002, ofereceu uma nova agenda arrojada para lidar com a questão do envelhecimento no século XXI. Centrou-se em três áreas prioritárias: pessoas idosas e desenvolvimento; promover a saúde e o bem-estar na velhice; e garantindo ambientes facilitadores e de suporte.⁹

Nessa relação empresa-consumidor, em que uma possui a intenção de explorar uma atividade econômica, o direito assume um papel impositivo de regulamentação. Marques aborda a proteção da parte mais fraca no direito internacional privado:

Como afirma Kropholler, em seu famoso artigo de 1978 sobre a proteção da parte mais fraca através do direito internacional privado, é necessário evoluir para um direito internacional privado impregnado de valores sociais. Também Jayme ensina que as novas normas de direito internacional privado de proteção do consumidor, pelo menos as oriundas da União Europeia, têm finalidade material. Sendo assim, parece-me perfeitamente razoável que as conexões escolhidas pelo direito internacional privado brasileiro para proteger o consumidor da região tenham finalidade a proteção da parte mais fraca (Von Hoffman), de seus fundamentais (Jayme), e a justiça substancial no caso concreto (Zweigert). Note-se que também em matéria de concorrência leal houve uma clara evolução em direito internacional privado. As normas nacionais protetoras de concorrência leal atingiram forte grau de extraterritorialidade.¹⁰

⁹ UNITED NATIONS. **Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing**. Madrid, 8 a 12 abr. 2002. Disponível em: <http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/Madrid_plan.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

Em complemento com a abordagem de Marques, Graeff afirma:

Regimes jurídicos de proteção específicos para o consumidor e para o idoso são conquistas recentes do direito brasileiro. É o Texto Constitucional de 1988 que fornece a primeira vez, os fundamentos para essa construção. Com efeito, afirma-se que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa dos consumidores (art.5º XXXII), e que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas(...) (art.230). Assim a Constituição Cidadã não apenas introduzir um amplo espectro de direitos fundamentais individuais e coletivos, como consagra os dispositivos específicos e determinados sujeitos, como estes já citados, ou ainda as crianças, os adolescentes e os jovens (art.227) e os índios (art. 231). Assim através de sua atual Constituição, o direito brasileiro reflete o processo de expansão e o especificado direitos humanos apontados por Norberto Bobbio (2004). Com efeito, ao final do século XX, estes direitos se ampliam e solidificam-se não apenas pelo reconhecimento de novos bens jurídicos merecedores de tutela, mas também pelo reconhecimento de especificidades internacional dos direitos humanos de grupos. Essa evolução marcou também o direito internacional dos direitos humanos, que hoje avança rumo aos tratados internacionais do idoso.¹¹

Diante do brevemente exposto, propõe-se, então, um estudo sobre o crescimento da população idosa e os seus mecanismos de consumo, bem como a integração jurídica europeia, como forma de proteção, evitando a discriminação. A Comissão europeia tem discutido a inserção dos idosos no mercado de trabalho com objetivo de integração, e redução nas contas públicas.

Inclusive nessa lógica, o artigo 27 da Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de fevereiro de 2009, sobre a ausência de discriminação com base no sexo e a solidariedade entre gerações, veda quaisquer atos discriminatórios:

Art. 27. Insiste na necessidade de reforçar a solidariedade para com os nossos idosos, mas que esta solidariedade deve ser recíproca em relação às crianças e aos jovens, cabendo aos mais velhos transmitir a sabedoria, o saber-fazer e a experiência, enquanto as jovens gerações transmitirão energia, dinamismo, alegria de viver e esperança;¹²

Nesse contexto de desafios demográficos, há a urgência por demandas por mecanismos integracionistas europeu, identificação das normas de proteção para com o idoso e apontando as deficiências estruturais no sistema da União Europeia. O

¹¹ GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 65-74, mar./abr. 2013.

¹² PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de Fevereiro de 2009, sobre a ausência de discriminação com base no sexo e a solidariedade entre gerações (2008/2118(INI))**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52009IP0039>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

envelhecimento populacional constitui um desafio para os líderes políticos europeus, mas também nascerá uma oportunidade no mercado de consumo com o envelhecimento ativo.

“A sociedade como um espaço de envelhecimento e inclusão social”, na palestra “Gerontologia Ambiental”, ministrada por Frank Oswald, da Universidade de Frankfurt (Alemanha). O professor é chefe do Departamento de Ciência do Envelhecimento Interdisciplinar do Departamento de Ciências da Educação da Universidade Goethe de Frankfurt am Main e Porta-voz do Fórum de Frankfurt para Pesquisa do Envelhecimento Interdisciplinar (FFIA). Segundo o pesquisador, comumente observam-se apenas os aspectos funcionais do envelhecimento, mas é preciso pensar na integração dessas pessoas com o ambiente. Pertencimento, integração e conforto são fundamentais para um processo de envelhecimento saudável. Isso é possível, por exemplo, através das dinâmicas com os bairros, que tem como consequências a construção de um senso de comunidade.

Marília Borges, analista de pesquisas da Euromonitor, discute a ressignificação do Consumidor idoso em que o mercado terá que se adequar ao envelhecimento da população:

O envelhecimento da população, assim como a ressignificação do que representa ser idoso, devem ser tornar fatores propulsores para a consolidar o turista de terceira idade como um importante consumidor da indústria de turismo na América Latina. O termo ‘midorexia’, por exemplo, relata o comportamento jovem desse grupo mais maduro que vem buscando nessa fase da vida novas experiências que não puderam ter antes. A valorização do bem-estar se torna prioridade desse grupo e a indústria de turismo não pode perder essa oportunidade.¹³

Nesta mesma lógica, Dempsey sustenta que a questão do avanço do crescimento da população idosa, exigirá estratégias políticas e econômicas:

A exposição de idosos, inaugurada na terça-feira na cidade de Nuremberg, no sul da Alemanha, é enorme. Seiscentos expositores de quinze países montaram estandes. Mais de 34.000 especialistas registrados para promover seus produtos e compartilhar experiências sobre como cuidar de pessoas idosas. Acima de tudo, ao longo dos três dias, os especialistas têm a oportunidade de debater os desafios demográficos que afetam a maior e mais bem-sucedida economia da Europa. Na verdade, "desafios" é um equívoco. A Alemanha e, por implicação, a Europa, está enfrentando uma bomba-relógio demográfica. Se a Alemanha quiser manter a sua vantagem competitiva, continuar a ser um dos principais exportadores do mundo e continuar a ser o baluarte da economia da Europa, tem de encontrar formas de lidar com o envelhecimento da população e a queda da taxa de natalidade. Caso

¹³ GORDON, Lydia; BORGES, Marília. **A mudança na percepção do envelhecimento e seu impacto no mercado de turismo latino-americano**. 2017. Disponível em: <<https://blog.euromonitor.com/o-impacto-da-mudanca-na-percepcao-envelhecimento-no-mercado-de-turismo-latino-americano/>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

contrário, a Alemanha e a Europa pagarão um preço muito alto - especialmente porque muitos outros países europeus enfrentarão, mais cedo ou mais tarde, o mesmo problema. As estatísticas são chocantes. Um relatório de 2009 do Federal Statistics Office, da Alemanha População em 2060, que é usado como referência por especialistas em saúde, avalia o que a população da Alemanha e estrutura etária será semelhante até 2060. Vale ressaltar as principais conclusões do relatório. Em 2008, pessoas com menos de vinte anos de idade representavam 19% da população. Aqueles entre vinte e sessenta e cinco anos compreendiam 61 por cento. Um quinto tinha sessenta e cinco ou mais. O número de pessoas com 80 anos ou mais era de cerca de 4 milhões, ou 5% da população.¹⁴

A crise gerada pelo aumento da população idosa já provou ser um ponto de inflexão no histórico da União Europeia que envolverá mudanças na economia, política e principalmente no mercado de consumo que deverá ser reinventado com produtos para o consumidor sênior. No mesmo sentido as medidas e políticas de proteção ao idoso devem ser revisadas.

Barbieri explica que o consumerismo surgiu na década de cinquenta na Europa, por influência norte-americana. Os primeiros países a sentirem os novos ares foram a França, com a criação da *Union Fédérale de la Consommation (UFC)*; a Alemanha, em 1953, com criação da Federação das Uniões dos Consumidores; a Itália, com a *Unione Nazionale Consumatori* em 1955 e a Inglaterra com a *Consumer Advisory Council*, também em 1955. Na década de sessenta instituições internacionais também aderiram ao movimento, com a criação do *Internacional Office of Consumers Unions (IOCU)*, em Haia, e da *Bureau Européen des Unions Consommateurs (BEUC)* em Bruxelas.¹⁵

¹⁴ DEMPSEY, Judy. **Europe's Grey Future**. 11 abr. 2013. Disponível em: <<https://carnegieeurope.eu/strategieurope/51476>>. Acesso em: 01 fev. 2019. No original: The elderly-care exhibition, which opened Tuesday in the southern German city of Nuremberg, is huge. Six hundred exhibitors from fifteen countries have set up stands. Over 34,000 experts registered to promote their products and share experiences about how to look after old people. Above all, throughout the three days, experts have the chance to debate the demographic challenges affecting Europe's biggest and most successful economy. Actually, "challenges" is a misnomer. Germany, and by implication Europe, is facing a demographic time bomb. If Germany wants to retain its competitive edge, remain one of the world's leading exporters, and continue as the bulwark of Europe's economy, it has to find ways to deal with its aging population and falling birth rate. Otherwise, Germany, and Europe, will pay a very high price—particularly as many other European countries will, sooner or later, face the same problem. The statistics are shocking. A 2009 report by the Federal Statistics Office, Germany's Population by 2060, which is used as a benchmark by healthcare experts, assesses what Germany's population and age structure will look like by 2060. It is worth highlighting the report's main findings. In 2008, people under twenty years of age made up 19 percent of the population. Those aged between twenty and sixty-five comprised 61 percent. One-fifth were sixty-five or over. The number of people aged eighty or over was about 4 million, or 5 percent of the population. (Tradução livre da candidata)

¹⁵ BARBIERI, Diovana. **A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**: Estudo Comparado à Luz dos Ordenamentos Jurídicos brasileiro e português. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21-22.

A inserção do idoso no mercado de trabalho, independente da sua atividade, não só reduz o passivo público, mas cria uma política integrativa proporcionando bem-estar para população idosa. As ações positivas evitam a segregação e a discriminação, e estreitam os laços com as gerações mais jovens. A ação a favor do envelhecimento continuou em 2002, quando a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento foi realizada em Madrid. Objetivando desenvolver uma política internacional para o envelhecimento para o século XXI, a Assembleia adotou uma Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid. O Plano de Ação pedia mudanças de atitudes, políticas e práticas em todos os níveis para satisfazer as enormes potencialidades do envelhecimento no século XXI. Suas recomendações específicas para ação dão prioridade às pessoas mais velhas e desenvolvimento, melhorando a saúde e o bem-estar na velhice, e assegurando habilitação e ambientes de apoio. “Uma sociedade para todas as idades possui metas para dar aos idosos a oportunidade de continuar contribuindo com a sociedade. Para trabalhar neste sentido é necessário remover tudo que representa exclusão e discriminação contra eles.”¹⁶

Como citado por Marques e Miragem sobre a integridade do idoso,

Entre os riscos que apontam a necessidade de se reconhecer a vulnerabilidade do idoso, tanto nas suas relações familiares quanto com a sociedade em geral, está o da marginalização, porquanto, não raro, retira-se do mundo do trabalho, reduz e compromete sua renda e sua capacidade física. Daí por que no direito privado brasileiro, a afirmação de um Estatuto do Idoso, espécie de lei protetiva, que reconhece expressamente a vulnerabilidade deste novo sujeito especial de direitos, deve ser interpretado e aplicado em vista deste paradigma de proteção da sua vulnerabilidade. Está vulnerabilidade especial do idoso, aliás, é reconhecida e afirmada no art. 2º do Estatuto Idoso, que estabelece: “Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual, e social, em condições de liberdade e dignidade.”¹⁷

¹⁶ UNITED NATIONS. **Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing**. Madrid, 8 a 12 abr. 2002. Disponível em: < http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/Madrid_plan.pdf >. Acesso em: 05 fev. 2019. No original: “A society for all ages encompasses the goal of providing older persons with the opportunity to continue contributing to society. To work towards this goal, it is necessary to remove whatever excludes or discriminates against them.”. (Tradução livre da candidata)

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

Daí se percebe que a inclusão ativa do idoso na sociedade, respeitadas suas vulnerabilidades e vulnerabilidades particulares, pois cada idoso tem seu histórico de vida impresso como se fosse sua biografia, tirar-lhe tudo é como colocá-lo à margem de sua própria história. A segregação e isolamento serão muitos mais nocivos à saúde. Neste contexto, a população idosa fica mais sujeitos e disponíveis aos abusos do mercado econômico, como empréstimos consignados, superendividamentos, pacotes turísticos desprovidos de informações. Assim está é uma breve composição de abusos que podem ser cometidos com os idosos por serem alvos fáceis. Ao passo que a inclusão do Idoso na sociedade cria-se um desvio dos abusos e exploração econômica.

Inclusive o jurista Humberto Theodoro Júnior, argumenta que a evolução do consumidor no Direito Europeu inicialmente foi com o Tratado de Roma e o Comitê do *conclato con los consumidores de la Comunidad Europea* e em 1972 com os Chefes de Estado e de Governo em Paris. E a quarta etapa seria representada pelo Tratado de Maastrich, que eleva a política consumerista em nível de verdadeira política comunitária. Nesta mesma lógica, Theodoro ressalva que nos anos de 1999 a 2001, a União Europeia vem estabelecendo três domínios de intervenção: I) representação e educação dos consumidores; II) saúde e segurança dos consumidores; e iii) interesses econômicos dos consumidores. Conforme abordagem de Theodoro, já se observa uma política de proteção ao consumidor que se dá por meios de Diretivas que vinculam o Estado-membro da União Europeia. Daí se percebe que as medidas protetivas estão em constante processo evolutivo com atualizações para a proteção da parte mais fraca. Logo o crescimento da população idosa de forma expressiva pode não apenas mudar hábitos como consumidor, mas também evoluir ou unificar os direitos do idoso na União Europeia.¹⁸

A integração na sociedade ativa do idoso aliviará passivo econômico das contas públicas, e também atuará no mercado de consumo que enfrentará uma remodelação para atender esse grupo em potencial.

A União Europeia diante do abalo demográfico com a transição da população ativa vem buscando estabelecer o equilíbrio em suas contas, e nem sempre teve a dimensão atual. Em 1951, ano em que se iniciou a cooperação econômica na Europa, apenas a Bélgica, a

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 44.

Alemanha, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos participavam neste projeto. Com o passar do tempo, o número de países interessados em fazer parte da UE foi aumentando. Atualmente, a União Europeia é constituída por 28 países.

Embora o Velho Continente tenha seu berço na antiguidade, a União Europeia é muito mais jovem. No dia 07 de fevereiro de 1992, foi assinado em Maastricht o principal referencial da igualdade econômica e social, sendo um dos Tratados mais importantes para criação da União Europeia. A criação do Tratado de Maastricht foi fundamental na constituição, implantação e operacionalização da União Europeia, consolidando, no âmbito social, os direitos fundamentais.

Lessa e Almeida abordam que o Tratado de Maastricht foi fundamental para uma convergência econômica sob a forma de um pacto e estabilidade. Com indicadores monetários, financeiros e fiscais, tirando as Comunidades Europeias de um processo de paralisia em virtudes das muitas barreiras.¹⁹

Na qualidade de um sistema de integração regional, a União Europeia possui um quadro jurídico que engloba diversas diretrizes que se encarregam de regulamentar os direitos dos idosos, muitos estão fundamentados em seus Tratados e Declarações na defesa dos Direitos Fundamentais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) na defesa dos direitos fundamentais. Entre os documentos destacam-se: Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento (ONU, 1982), Princípio das Nações Unidas em favor dos Idosos (ONU, 1991), Declaração Política e Plano Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid (ONU, 2002).

A Organização das Unidas - ONU tem um papel com grande representatividade na defesa dos Direitos do Idoso, por isso será de suma importância discorrer sobre os instrumentos utilizados na busca de assegurar os direitos aos idosos. São políticas estruturantes que permitem a um maior número de pessoas que alcancem trajetórias positivas do envelhecimento, de forma que não sejam segregadas, mas ativas em suas comunidades e famílias.

Ainda existe além dos conflitos entre normas e tratados, a deficiência garantidora, como Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Como o idoso pode vir sofrer

¹⁹ LESSA, Antônio Carlos; ALMEIDA, Paulo Roberto. **Integração Regional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.

tortura física, inclusive por seus familiares, deve saber que a CEDH dispõe no seu artigo 3: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Quando o idoso sofre discriminação, torturas psicológicas, também deve estar amparado e protegido pela norma, buscando sua abrangência garantidora.

A partir de então a primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento em 1982, que produziu o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, com 62 pontos. Ele insta para ação em assuntos como saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e a coleta e análise de dados de pesquisa. Em 1991, a Assembleia Geral adotou o Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas, enumerando 18 direitos das pessoas idosas – em relação à independência, participação, cuidado, autorrealização e dignidade. No ano seguinte, a Conferência Internacional sobre o Envelhecimento reuniu-se para dar seguimento ao Plano de Ação, adotando a Proclamação do Envelhecimento. Seguindo a recomendação da Conferência, a Assembleia Geral da ONU declarou 1999 o Ano Internacional do Idoso.

A União Europeia criou seus tratados, mas para entender a soberania estatal em sistemas de integração jurídica como a União em se tratando de legislações comunitárias, percebe-se que se trata de um assunto muito delicado. O Direito Internacional não apenas globalizou os Direitos Humanos, mas também colocou o ser humano como sujeito de direito sob a proteção do Estado, e esse poderá ser responsabilizado pela violação de direitos fundamentais. No processo de integração o homem é o principal destinatário dos direitos, mas os sujeitos são os entes estatais, conforme argumentam Bergamaschine e Jaeger Junior. A soberania estatal, também deverá ser compartilhada com demais integrantes do processo associativo:

A discussão sobre a validade do tratado como superior à norma de direito interno representa uma ligação intrínseca com a própria criação do então direito comunitário, embora não se possa ignorar que este representa um produto direto de uma determinada época e para uma determinada região, contudo, ao irradiar efeitos concretos e para além das fronteiras da UE, alcançou, num certo sentido, uma abrangência universal, isto é, apesar de aplicar-se diretamente aos membros e instituições da UE, pode, sim, alcançar relações que se formam fora do espaço europeu. Nesse sentido, os princípios orientadores do processo de integração descritos nas linhas seguintes são importantes para a compreensão de como as fontes do direito, em um sistema integrado que envolve estados

*soberanos podem determinar o grau de cumprimento e a implementação do acervo normativo, considerando-se, especialmente, se este pertence ao direito interno ou se ancora-se numa formação supranacional ou até mesmo internacional.*²⁰

Para os autores, ao estabelecer as mudanças na estrutura interna dos Estados membros de um processo de integração regional, principalmente político, institui-se um novo modelo de formação estatal que, de certa maneira, influi no conceito clássico de soberania. Estados participantes no processo de integração uma obrigação de cumprimento que pode, contudo, resultar enfraquecida pela ausência de mecanismos institucionais comuns. Aí resultaria a dificuldade que a União Europeia teria em gerir suas crises.

Poder-se-ia chegar à conclusão que implementar uma agenda de Direitos Humanos possui uma certa complexidade, principalmente pelas barreiras postas, como a desigualdades sociais, diferenciações entre suas constituições internas, crescimentos econômicos assimétricos.

A declaração do Secretário Geral do Conselho da Europa no Relatório de 2016 sobre o Estado da Democracia, Direitos Humanos e Estado de Direito - A Imperativo de Segurança para a Europa afirma:

Os direitos sociais permanecerão no topo da nossa agenda, garantindo, em particular, mais ratificações da Carta Social Europeia Revisto e do Protocolo sobre Reclamações Coletivas. O respeito pela dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos, e é através da implementação dos direitos sociais que essa dignidade é protegida. O respeito pelos direitos sociais contribui para sociedades pacíficas e estáveis. O gozo efetivo dos direitos sociais como moradia, educação e a saúde, a não discriminação, o emprego, condições de trabalho dignas e a proteção legal, social e económica constituem a base do respeito pela dignidade humana. "²¹

Os direitos fundamentais, no seu sentido observado pela moderna doutrina constitucional, constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento

²⁰ BERGAMASCHINE, Jamille; JAEGER JUNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. **Revista de Direito Internacional UNICEUB**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 139-159, 2015. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3710>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

²¹ CONSELHO DA EUROPA. **Legal protection and effective enforcement of social rights in the Council of Europe member States**. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/developments-and-perspectives-regarding-the-charter-in-the-council-of-europe-member-states>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

jurídico. Por essa razão, colocam-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do sistema de normas que conformam o ordenamento. De outro modo, embora encerrem os valores fundantes de um determinado sistema jurídico, não se apresentam da mesma forma, ou com idêntica potencialidade para realização ou produção de seus efeitos. Em regra, a eficácia dos direitos fundamentais vincula-se à norma constitucional que determina seu *status*, e em razão disso, depende desta produção dos respectivos efeitos. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 (DO 18.12.2000) consagra expressamente em seu artigo 38 que “as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”. Neste sentido, é preciso identificar no seu preâmbulo, a consideração da necessidade de conferir maior visibilidade aos direitos fundamentais por intermédio daquela Carta, a fim de reforçar sua proteção “a luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.”²²

A caracterização sempre presente da universalidade dos direitos humanos garante que sua proteção não fica limitada a domínios reservados ao Estado como nação, pois a exigibilidade da observância desse conjunto de prerrogativas revela legítimo interesse internacional. Disso, entende-se que a soberania dos Estados passa a ser relativa, uma vez que a lesão a direitos humanos pode gerar intervenção internacional, inclusive armada, sobre um dado país.²³

No campo da gerontologia, Doll tem um estudo de destaque na Gerontologia e Educação que visa o bem-estar do idoso, entre outros aspectos. Na entrevista para Revista IHU-UNISINOS, salienta da importância da Gerontologia como conhecimento científico:

Acredito que a gerontologia no Brasil avançou bastante em rever a imagem negativa da velhice e vincular aspectos positivos à terceira idade, como encontros, atividades, diversão. Com relação aos estudos sobre a velhice, temos hoje já um número considerável deles, mas faltam ainda estudos nacionais e longitudinais que exigem uma boa infraestrutura. No campo científico, a Gerontologia como ciência ainda não recebeu o devido reconhecimento, por exemplo, pelo CNPq. Isso significa que o conhecimento científico produzido é divulgado nas revistas e livros específicos das diferentes ciências e áreas, o que dificulta um diálogo interdisciplinar. Sobre os estudos, acredito que a velhice avançada e suas necessidades será um desafio para o futuro. Outros aspectos importantes a serem pensados são a questão dos idosos sem famílias e as relações intergeracionais.²⁴

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

²³ SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴ DOLL, Johannes. **Existem muitas velhices**. Revista do Instituto Humanitas Unisinos. ed. 204, 13 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/573-johannes-doll-2006>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

Um inquérito sobre o mapeamento da saúde com painel multidisciplinar e transnacional de dados de micro dados sobre saúde, status socioeconômico e redes sociais e familiares de indivíduos com 50 anos ou mais (ondas de pesquisa bienais) chamado SHARE, com bases na saúde, emprego, Família e nas Redes Sociais situação econômica, renda e riqueza afirmou:

Financiado pelos Programas-Quadro Europeus de Investigação, pelo Instituto Nacional do Envelhecimento dos EUA e por várias agências nacionais, o inquérito sobre saúde, envelhecimento e reforma na Europa (SHARE) fornece dados sobre as circunstâncias de vida de mais de 35.000 pessoas com mais de 50 anos em 15 países europeus.

Os dados das duas primeiras ondas do SHARE, aos quais todos os pesquisadores terão livre acesso, são uma peça estrategicamente importante da infraestrutura de pesquisa europeia, porque ajudarão a entender melhor os desafios e as oportunidades do envelhecimento da população.

A SHARE é única no mundo por sua abrangência internacional e interdisciplinar. Desde o seu lançamento, atraiu mais de 2000 usuários e já produziu uma riqueza de descobertas científicas.

A SHARE não é apenas uma coleção de dados sem precedentes sobre a qual as políticas sociais e econômicas podem ser baseadas; mas também uma infraestrutura de pesquisa de pleno direito para pesquisas transnacionais sobre as implicações do envelhecimento da população.²⁵

O Relatório Mundial sobre Envelhecimento e Saúde Organização mundial de Saúde esclarece sobre o processo de um envelhecimento saudável e ativo, oferecendo garantias de o idoso ter as relações integrativas, sociais, econômicas e de bem-estar. De forma que ameniza a fragilidade natural da idade e com isso o fortalece frente as relações de trabalho, de consumo, e vida social:

Em um número cada vez maior de países, mais de 1 em cada 5 pessoas têm mais de 60 anos. Poucas políticas ou serviços não irão afetá-los de alguma forma.

²⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **European elderly**: how are they? Key Findings from an EU-funded Research database Unveiled. 28 nov. 2008. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-752_en.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019. No original: “Financed by the European Research Framework Programmes, the U.S. National Institute on Aging, and several national agencies, the Survey of Health, Ageing and Retirement in Europe (SHARE) provides data on the life circumstances of more than 35,000 persons age 50 and over in 15 European countries.

The data from the first two waves of SHARE, which all researchers then will have free access to, are a strategically important piece of the European research infrastructure because they will help to better understand the challenges and opportunities of population ageing.

SHARE is unique in the world because of its international and interdisciplinary breadth. Since its launch, it has attracted over 2000 users and has already produced a wealth of scientific findings.

SHARE is not only an unprecedented collection of data on which social and economic policies can be based; but also a fully-fledged research infrastructure for cross-national research into the implications of an ageing population. (Tradução livre da candidata)

Incluir o Envelhecimento Saudável em todas as políticas e em todos os níveis de governo será, portanto, crucial. Estratégias e planos de ação nacionais, regionais, estaduais ou municipais de envelhecimento podem ajudar a orientar essa resposta intersetorial, bem como assegurar uma resposta coordenada abrangendo diversos setores e níveis de governo. Essas estratégias e planos devem estabelecer compromissos claros com os objetivos e linhas claras de responsabilidade, ter orçamentos adequados e especificar mecanismos para coordenação, monitoramento, avaliação e relatório entre os setores. A coleta e a utilização de informações desagregadas por idade sobre as capacidades dos adultos maiores também serão importantes. Isso pode facilitar as análises de eficácia e lacunas em políticas, sistemas e serviços existentes. Além disso, os mecanismos para consultar e envolver adultos maiores ou organizações de adultos maiores no desenvolvimento e avaliação de políticas pode ajudar a garantir sua relevância para populações locais.²⁶

As medidas e programas implementados para programação de uma velhice saudável envolvem diversas áreas e setores, estabelecendo novas políticas de inclusão e acesso ao idoso:

Entretanto, existem diversas outras áreas de ação, incluindo:

- *Estabelecer políticas e programas que ampliem as opções de habitação para adultos maiores e auxiliem com modificações no lar que permitam aos adultos maiores envelhecerem em um local adequado;*
- *Introduzir medidas para garantir que os adultos maiores sejam protegidos contra a pobreza, por exemplo, por meio de esquemas de proteção social;*
- *Fornecer oportunidades de participação social e de desempenhar papéis sociais significativos, visando especificamente os processos que marginalizam e isolam os adultos maiores;*
- *Remover barreiras, estabelecer normas de acessibilidade e garantir a conformidade em edifícios, transporte e tecnologias de informação e comunicação;*
- *Considerar o planejamento urbano e as decisões de utilização da terra e seu impacto sobre a segurança e a mobilidade das pessoas maiores;*
- *Promover a diversidade da idade e inclusão em ambientes de trabalho.*²⁷

No ano de 2012, a convite da *Consumers Internacional*, Profa. Dra. Cláudia Lima Marques, iniciava um processo de atualização na Reunião *Ad Hoc de Especialistas em Proteção ao Consumidor* junto à UNCTAD. Assim começaram as consultas sobre uma possibilidade das revisões das Diretrizes das Nações Unidas para Proteção ao Consumidor", analisadas em 2013, e que em 2014 resultaram em um Draft, que foi finalizado em julho e aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em final de dezembro de 2015. Os documentos

²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório mundial sobre envelhecimento e saúde**. 2015. Disponível em: <<https://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/en/>> Acesso em: 02 jan. 19.

²⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório mundial sobre envelhecimento e saúde**. 2015. Disponível em: <<https://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/en/>> Acesso em: 02 jan. 19. p. 22.

da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) informam que:

"A revisão das DNUPC cobre todo o conteúdo das existentes DNUPC, bem como de algumas áreas ainda não alcançadas nas Diretrizes (comércio eletrônico, serviços financeiros, outras questões e implementação), com o objetivo de melhor proteger consumidores em um mundo de mudanças e na necessidade de atualizar a proteção de consumidores em áreas que são, cada vez mais, uma parte essencial do consumo cotidiano. A finalidade da revisão é alcançar uma efetiva proteção ao consumidor nos níveis nacional, regional e internacional, no tocante ao direito balanceado entre um alto nível de proteção dos consumidores e a competitividade dos negócios."²⁸

É fundamental enfatizar que as Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores são o único instrumento internacional mundial sobre a proteção dos consumidores, e nesse período todo de crescimento, somaram-se muitas conquistas. Na Revisão de 2015 das Diretrizes sobre Proteção dos Consumidores criou pela primeira vez uma instituição do sistema da ONU específica para acompanhar a evolução do consumo no mundo, na UNCTAD, o "Grupo Intergovernamental de Experts em Direito e Política do Consumidor" (*Intergovernmental Group of Experts (IGE) on consumer protection law and policy*), conforme explica Marques. A Revisão de 2015 se mostrou um marco sobre a importância da conjugação do estudo do consumidor de forma global, e contribuindo com atualizações valiosas para o Código do Consumidor.

Apesar do tem não ser um assunto novo, é possível observar que há campo para aprofundamento dos debates acerca do assunto relacionado à novas medidas implementadas para a integração do idoso, conforme demonstrado acima amenizará o impacto social e econômico em toda sociedade europeia, bem como fortalecerá as gerações e abrirá as políticas para entrada de novos conceitos e pessoas.

²⁸ MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio -**25 Anos do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 427.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Diovana. **A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico: Estudo Comparado à Luz dos Ordenamentos Jurídicos brasileiro e português.** Curitiba: Juruá, 2013.

BERGAMASCHINE, Jamille; JAEGER JUNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. **Revista de Direito Internacional UNICEUB**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 139-159, 2015. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3710>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **A contribuição da UE para um envelhecimento ativo e solidariedade entre as gerações.** 2012. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/5f78f31d-1cac-4263-a76d-7077555349da>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **European elderly: how are they? Key Findings from an EU-funded Research database Unveiled.** 28 nov. 2008. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-752_en.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 jan. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Legal protection and effective enforcement of social rights in the Council of Europe member States.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/developments-and-perspectives-regarding-the-charter-in-the-council-of-europe-member-states>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

DEMPSEY, Judy. **Europe's Grey Future.** 11 abr. 2013. Disponível em: <<https://carnegieeurope.eu/strategieurope/51476>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

DOLL, Johannes. Bem-estar na velhice: mitos, verdades e discursos, ou a gerontologia na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo, v. 3, n. 1, p. 9-21, jun. 2006.

DOLL, Johannes. **Existem muitas velhices.** Revista do Instituto Humanitas Unisinos. ed. 204, 13 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/573-johannes-doll-2006>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

EUROSTAT. **Statistics Explained.** Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f78f31d-1cac-4263-a76d-7077555349da/language-pt>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

EUROSTAT. **Statistics Explained**. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f78f31d-1cac-4263-a76d-7077555349da/language-pt>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

GORDON, Lydia; BORGES, Marília. **A mudança na percepção do envelhecimento e seu impacto no mercado de turismo latino-americano**. 2017. Disponível em: <<https://blog.euromonitor.com/o-impacto-da-mudanca-na-percepcao-envelhecimento-no-mercado-de-turismo-latino-americano/>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 65-74, mar./abr. 2013.

LESSA, Antônio Carlos; ALMEIDA, Paulo Roberto. **Integração Regional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio -**25 Anos do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 427.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e as pessoas idosas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

ONU. **Segunda Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento**. Madrid, 8 a 12 abr. 2002. Disponível em: <http://www.un.org/en/events/pastevents/ageing_assembly2.shtml>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório mundial sobre envelhecimento e saúde**. 2015. Disponível em: <<https://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/en/>> Acesso em: 02 jan. 19.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de Fevereiro de 2009, sobre a ausência de discriminação com base no sexo e a solidariedade entre gerações (2008/2118(INI))**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52009IP0039>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**. São Paulo: Atlas, 2014.

SERRA, Jacira do Nascimento. Direitos Humanos e Envelhecimento: Avanços, conquistas, entraves. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (coord.). **Direitos Humanos: Direito de quem?** Curitiba: Juruá, 2012. p. 95-116.

SESC. **3º Seminário Internacional Sesc de Envelhecimento**. Disponível em: <<https://www.sesc-rs.com.br/noticias/3o-seminario-internacional-sesc-de-envelhecimento-tem-inscricoes-abertas/>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 44.

UNITED NATIONS. **Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing**. Madrid, 8 a 12 abr. 2002. Disponível em: <http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/Madrid_plan.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLADORA DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER

Giovana Pelágio Melo¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo explorar a violência obstétrica como uma violência de gênero. Para tanto, através do método de pesquisa de revisão bibliográfica com técnicas de pesquisa documental, jurisprudencial e bibliográfica, será estudada a sua conceitualização e o arcabouço jurídico-protetivo de Direitos Humanos e Fundamentais voltado às mulheres gestantes e parturientes. Ademais, discorrer-se-á sobre as políticas públicas existentes, seus desafios e as violações de direitos identificadas. Nesse sentido, a intenção dada à pesquisa é de contribuir para uma maior base de informações às mulheres acerca de seus direitos, empoderando-as para que possam reconhecer abusos e denunciá-los.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Violência contra a mulher. Direitos reprodutivos e sexuais. Direitos Humanos e fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

1. INTRODUÇÃO

A experiência da maternidade é uma passagem significativa na vida da mulher, tanto pela intensidade da dor física do parto, quanto no sentido social e psicológico que essa nova fase acarreta. A qualidade com que esse momento se realiza depende, entre outros aspectos, da disponibilidade e acessibilidade dos serviços de saúde, do acesso à informação sobre redes de apoio, do procedimento aplicado e do tipo de profissional que será encarregado pela assistência à parturiente durante o seu pré-natal, parto ou puerpério.

Dentre tantas demandas sobre a maternidade, a questão da experiência do parto como ato de sofrimento e violência, que avança não só no campo da saúde, como também na de políticas públicas, se tornou uma pauta relevante dos movimentos feministas e dos meios acadêmico e jurídico. O presente trabalho, portanto, irá refletir sobre as problemáticas e violências contra a mulher durante o seu período gestacional, trabalho de parto e puerperal, assim como, identificará processos de invisibilização e naturalização cultural de tais práticas violadoras dos Direitos Humanos.

¹ Advogada graduada – OAB/RS 94.869, especialista em Direito de Família e Sucessões e Pós-graduanda em Direitos Humanos pela PUCRS. Atuante na área de Direitos Humanos, em especial gênero e moradia. Colaboradora na assessoria jurídica e política da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares.

Da mesma forma, se torna imprescindível uma reflexão acerca das políticas públicas nacionais e do disposto no texto da Constituição da República Federativa do Brasil 1988 e de legislações infraconstitucionais existentes, bem como da proteção abrangida em Tratados, Convenções e Pactos Internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário.

2. A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência obstétrica caracteriza-se como um tipo especial de violência de gênero, que ocorre dentro das instituições de saúde, públicas ou privadas, com a mulher durante o seu pré-natal, parto ou puerpério².

O seu conceito é tido como qualquer ato ou omissão realizado por profissional envolvido na assistência obstétrica à mulher, não se restringindo apenas aos trabalhadores da área da saúde, mas, igualmente, às falhas estruturais ocorridas nos hospitais, clínicas, ou no sistema de saúde como um todo.³

Dessa forma, a ação ou omissão que gere desnecessariamente dor, dano ou sofrimento ao corpo e integridade física e mental no processo de assistência obstétrica à mulher⁴, ou que cause a sua perda de autonomia sobre seu corpo, sua sexualidade e maternidade, consiste em violência obstétrica⁵.

Em síntese, a violência obstétrica pode-se dar de várias formas, subdividindo-se, principalmente, nas seguintes categorias: a violência física, sexual, psicológica, material e institucional.

Tais violências podem ser percebidas quando, por exemplo, estamos em frente à negação de atendimento à mulher ou imposição de dificuldades durante o seu pré-natal, negligência na assistência, comentários humilhantes e repetitivos, imposição do procedimento de cesariana sem evidência da sua necessidade, exposição do seu corpo dentro

²WOLFF, Leila Regina. WALDOW, Vera Regina. **Violência consentida: mulheres em trabalho de parto e parto**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v17n3/14>>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

³JANSEN, Mariana. **Violência Obstétrica: Por que devemos falar sobre?**. Acesso em 28 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

⁴ANDRADE, Briena Padilha. AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência obstétrica: a dor que cala**. In: Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 3, 2014. Londrina: UEL, 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

⁵PAES, Fabiana. **A importância do direito ao acompanhante para prevenir a violência obstétrica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/mp-debate-importancia-acompanhante-prevenir-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

do setor da maternidade, impedimento da parturiente se alimentar e/ou caminhar⁶, uso de cateter intravenoso, ocitocina, amniotomia, analgesia peridural, pressão no fundo uterino, episiotomia de forma padronizada em mulheres de baixo risco e a condução da posição em litotomia para o parto vaginal⁷, todos sem real indicação médica.

Não se ignorando, também, a violência por informações distorcidas e incompletas, mentir para a paciente sobre sua dilatação, vitalidade fetal, e motivos considerados improcedentes para indicação de cesariana por interesses pessoais, como, circular de cordão cervical, bacia materna estreita, macrosomia fetal, dentre outros.

Logo, esse tipo de violência tem como característica central a apropriação pelos profissionais de saúde e outros prestadores de serviço da autonomia da mulher ao seu corpo e nos seus processos reprodutivos, através de intervenções médicas e/ou assistenciais desnecessárias, que podem além dos danos, colocar em risco a saúde da própria parturiente e do seu bebê, violando seus direitos fundamentais, como o direito à confidencialidade e intimidade, seu direito à informação, à dignidade e ao respeito, à igualdade e o da não discriminação.

Como podemos observar, a experiência da gestacional das mulheres tem sido uma experiência controlada culturalmente através de diferentes mecanismos, que objetivam especificar quais os procedimentos devem ser mantidos e aqueles que devem ser evitados, afastando, por sua vez, o protagonismo feminino ao associar a gravidez a um acontecimento de grande sofrimento, inseguro e que necessita múltiplas intervenções.⁸

A falta de familiaridade com a equipe médica, o ambiente hospitalar, a incerteza do que está acontecendo e dos procedimentos e rotinas hospitalares, assim como as barreiras na comunicação, tratamentos desumanos e a sensação de solidão pela falta de acompanhante e doula, colocam a mulher numa situação de estresse e passividade, quando deveria estar

⁶ ZASCIURINSKI, Juliana Miranda. **Violência Obstétrica: uma contribuição para o debate acerca do empoderamento feminino.** Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/violencia-obstetrica_juliana-miranda.pdf>. Acesso em: 23 de dezembro de 2016.

⁷ ANDRADE, Briena Padilha. AGGIO, Cristiane de Melo, *Op. cit.*, passim.

⁸ BRANDT, Gabriela Pinheiro; SOUZA, Silvia Jaqueline Pereira de; MIGOTO, Michelle Thais; WEIGERT, Simone Planca. **Violência Obstétrica: a verdadeira dor do parto.** In Revista Gestão & Saúde (ISSN 1984 - 8153). Disponível em: <http://www.herrero.com.br/files/revista/file2a3ed78d60260c2a5bedb38362615527.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2020.

atuando de maneira ativa e autônoma, encarando o parto como uma vivência em sua plenitude e uma experiência prazerosa e inerente ao corpo feminino⁹.

Historicamente, a redução e limitação do poder do corpo da mulher no processo parturitivo, firmado no conceito de gênero comumente difundido em nossa sociedade, onde a mulher é reduzida ao sexo frágil necessitando da autoridade patriarcal¹⁰, inicia mais propriamente no final do século XIX¹¹, tornando-se uma prática médica e masculina, cabendo ao profissional de medicina a sua condução, e deixando a mulher, então, passível de práticas violentas.¹²

Assim, com o avanço das tecnologias no século XX, o parto passou a acontecer obrigatoriamente em instituições hospitalares sob o controle de médicos obstetras, na perspectiva de que o mesmo seria um evento patológico dolorido, permitindo a implementação de diversas intervenções para controle social e criando um modelo hegemônico médico para o ato de parir, definindo-se tal modelo como tecnocrático¹³.

Portanto, os profissionais, a partir da sua posição de conhecimento científico técnico e de poder, contando, inclusive, com a legitimação do Estado, impuseram seus procedimentos à maternidade, utilizando muitas vezes o discurso de que a ciência diminui a mortalidade materno-infantil e aumenta a qualidade do processo parturitivo para justificar seus excessos de intervenções¹⁴.

De acordo com Leila Regina Wolff e Vera Regina Waldow, em um sistema que promove a desumanização do profissional, as próprias instituições de ensino e instituições de saúde propagam o desrespeito às gestantes, parturientes e puérperas, passando a encarar

⁹ DINIZ, Carmen Simone Grilo; D'ORSI, Eleonora; DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira, et al. **Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil**. In: Cad. Saúde Pública, vol.30, supl.1. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2014001300020&lng=pt&nrm=iso&tln g=pt>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

¹⁰ JARDIM, Danúbia Mariane Barbosa. **A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características**. Danúbia Mariane Barbosa Jardim, Celina Maria Modena/ Rev. Latino-Am. Enfermagem. vol. 26. Ribeirão Preto. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692018000100613&lng=pt&tln g=pt>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

¹¹ ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; URIBE, Magaly Calderón; NADAL, Ana Hertzog Ramos De; HABIGZANG, Luísa Fernanda. **Violência Obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa**. *Psicol. Soc.* [online]. 2017, vol.29, e155043. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/18070310/2017v29i155043>>.

¹²JARDIM, Danúbia Mariane Barbosa, *Op. cit.*, passim.

¹³ BRANDT, Gabriela Pinheiro; et.al., *Op. cit.*, passim.

¹⁴ BELLI. Laura F. **La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos**. In: Revista Redbioética/UNESCO, Ano 4, Vol. 1 (7): 25-34. Jan./Jun 2013. ISSN 2077-9445. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art2-BelliR7.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2019.

como normal e padronizada a rotina de inúmeros procedimentos desnecessários e prejudiciais à mãe e ao bebê.¹⁵ Esse movimento gerou um esquecimento e exclusão dos saberes e cultura local, principalmente no que tange ao trabalho da tradição das parteiras¹⁶, ignorando-se, desse modo, práticas tradicionais.

Os demais profissionais da saúde, como as enfermeiras obstétricas, que por formação estariam habilitadas para atender o parto natural e o parto domiciliar, também passaram a ser consideradas como formas primitivas e equivocadas na medida em que passou-se a entender a medicina como a única alternativa viável para intervir nos corpos das mulheres, com o profissional da saúde no centro do sistema, ao invés da mulher e sua família.¹⁷

Para Laura Belli, a mulher passa a ser tratada, então, como um objeto de intervenção, e não sujeito de direito, tendo em vista que a relação existente entre as parturientes e os profissionais de saúde revelam uma disparidade que inibe o exercício dos direitos básicos dessas mulheres.¹⁸

Ademais, o parto também pode ser considerado como um evento socialmente construído, o qual dependerá da variedade e diversidade cultural, geográfica e de classe onde se insere a mulher¹⁹, incorrendo em acesso mais qualitativo para umas e acesso mais precário para determinadas outras.

A experiência em si e os riscos de violência estão diretamente ligados ao suporte e opressão das hierarquias sociais em conjunto com as violências estruturais contra a mulher em sociedade²⁰, variando os abusos conforme cada grupo. Ou seja, ainda que existam algumas violências praticadas de ordem geral às mulheres no parto, ainda perpetuam os abusos em grupos específicos – aspectos de interseccionalidade, como, por exemplo, à mulher pobre, negra, indígena, com deficiência e em sistema prisional. Não descartando, também, a influência religiosa exercida sobre a futura mamãe, a qual, como já dito, muitas vezes, coloca o sofrimento do parto como um castigo pelo prazer da sexualidade feminina.²¹

Para essas mulheres, seja pela falta de conhecimento técnico, medo ou opressão por estarem inseridas dentro de uma relação hierárquica e assimétrica (profissional-paciente), a

¹⁵ WOLFF, Leila Regina. WALDOW, Vera Regina, *Op. cit.*, *passim*.

¹⁶ BELLI. Laura F., *Op. cit.*, *passim*.

¹⁷ BRANDT, Gabriela Pinheiro; et.al., *Op. cit.*, *passim*.

¹⁸ BELLI. Laura F. , *Op. cit.*, *passim*.

¹⁹ DINIZ, Carmen Simone Grilo; et al., *Op. cit.*, *passim*.

²⁰ SOUZA, João Paulo; CASTRO, Cynthia Pileggi, *Op. cit.*, *passim*.

²¹ DINIZ, Carmen Simone Grilo; et al., *Op. cit.*, *passim*.

violência obstétrica tornou-se, de forma inconsciente, uma violência consentida pela sociedade.²² Vê-se tal aspecto nos dados analisados no ano de 2010 pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o SESC, que corroboram esse cenário, apontando que uma em cada quatro mulheres (25%) relatou ter sofrido algum tipo de violência na hora do parto.²³

O desrespeito e abuso cometido por parte dos profissionais de saúde contra as mulheres na gestação e no parto, foi também comprovado pelo Teste da Violência Obstétrica, respondido por quase duas mil mulheres nos meses de março e abril de 2012, em que metade delas se disse insatisfeita com a qualidade do cuidado médico e hospitalar recebido para o nascimento de um/a filho/a.²⁴

Aliás, em estudo realizado pela Fiocruz, intitulado “Nascer”, elaborado em parceria com diversas instituições científicas do país no ano de 2014, revelou que o procedimento de cesariana é realizada em 52% dos nascimentos, sendo que, no setor privado a taxa é de 88%, enquanto que no SUS é de 46%²⁵. Nos procedimentos de cesarianas analisados, 56,8% das parturientes não apresentavam condições de saúde que justificassem o uso de procedimento e intervenção cirúrgica²⁶.

Assim, embora seja a cirurgia cesariana seja imprescindível para o salvamento de vidas em determinados casos, quando estamos diante de uma gestação de baixo risco e sem complicações, a Organização Mundial da Saúde (OMS) indica o tradicional parto vaginal, sendo a intervenção médica mínima o padrão a ser seguido.²⁷ Ou seja, em contrassenso ao pensamento comum da nossa sociedade, a cirurgia de cesariana sem indicação clínica

²² WOLFF, Leila Regina. WALDOW, Vera Regina., *Op. cit.*, passim.

²³ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Núcleo de Opinião Pública. **Gravidez, filhos e violência institucional no parto**. In: Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: pesquisa de opinião pública. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/node/7247>>. Acesso em: 30 de junho de 2019.

²⁴ SILVA, Michelle Gonçalves da; MARCELINO, Michelle Carreira; RODRIGUES, Livia Shélida Pinheiro; TORO, Rosário Carcaman; SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. **Violência obstétrica na visão de enfermeiras obstetras**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11479/1/2014_art_mgsilva.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

²⁵ LANSKY, Sônia. et al. **Pesquisa nascer no brasil: Perfil da mortalidade neonatal e avaliação da assistência à gestante e ao recém-nascido**. Cadernos de Saúde Pública, v. 30, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300024>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ OMS. **Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas**. Organização Mundial da Saúde, 2015. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/161442/3/WHO_RHR_15.02_por.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

apresenta inúmeros riscos de mortalidade e morbidade para mãe e bebê, ²⁸ bem como aumento de histerectomias, transfusão sanguínea, internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI)²⁹.

De outra banda, o parto domiciliar torna-se cada vez mais um evento reconhecido e estimulado em muitos países no mundo, tendo a literatura científica internacional demonstrado com estudos que o parto domiciliar planejado e de baixo risco, assistido por profissionais bem treinados e na presença de um adequado sistema de referência está associado a menores taxas de morbidade materna grave, hemorragia pós-parto e remoção manual da placenta; baixas taxas de intervenções obstétricas e não há aumento nas taxas de mortalidade perinatal³⁰, sendo um serviço, inclusive, menos oneroso ao Estado³¹ em comparação ao hospitalar.

Assim, passando por influências institucionais, sociais e religiosas – tanto da mulher, quanto da rede de profissionais que lhe atendem – percebe-se uma invisibilização cultural da dor e das violações de Direitos Humanos da mãe, no seu bem-estar e no uso excessivo de intervenções invasivas, que acarretam em um quadro complexo de violência de gênero.³² A violação dos Direitos Humanos dessas gestantes, parturientes e puérperas, também passa pela questão dos direitos sexuais, reprodutivos, de saúde, de liberdade e da dignidade da pessoa humana.³³

Dessa forma, se por um lado há políticas públicas baseadas em vastas comprovações científicas, como veremos a seguir, que permanecem não sendo efetivamente cumpridas, percebe-se de outro, tão somente, que esse modelo hegemônico acaba por exercer controle do corpo da mulher e sua sexualidade, não diferindo tal violência, nesse aspecto, das demais

²⁸ World Health Organization – WHO. (1996b). **Global consultation on violence and health. Violence: a public health priority.** Geneva. Disponível em: <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/introduction.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2019.

²⁹ ENTRINGER, Aline Piovezan; PINTO, Marcia Ferreira Teixeira; GOMES, Maria Auxiliadora de Souza Mendes. **Análise de custos da atenção hospitalar ao parto vaginal e à cesariana eletiva para gestantes de risco habitual no Sistema Único de Saúde** in Ciênc. Saúde Coletiva, vol.24, no.4. Rio de Janeiro: mai. 2019. Disponível em: <[shttp://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000401527](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000401527)>. Acesso em 08 de janeiro de 2020.

³⁰ SANFELICE, Clara Fróes de Oliveira. SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. **Parto domiciliar: avanço ou retrocesso?**. Rev Gaúcha Enferm., 2014 mar. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rgenf/v35n1/pt_1983-1447-rgenf-35-01-00157.pdf. Acesso em 12 de maio de 2017.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ ZASCIURINSKI, Juliana Miranda, *Op. cit.*, passim.

violências de gênero contra a mulher, eis que afasta a mulher da sua condição biológica de protagonista, sua capacidade reprodutiva e instinto materno.³⁴

3. MARCOS LEGAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS E O PANORAMA BRASILEIRO NA ASSISTÊNCIA OBSTÉTRICA

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro passou a internalizar uma série de Tratados, Pactos e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em especial reconhecendo a importância dos direitos sexuais e reprodutivos como uma parte indissociável, integral e inarredável dos direitos humanos.³⁵

À vista disso, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher do ano de 1979³⁶, também denominada Convenção da Mulher (CEDAW), foi o primeiro Tratado Internacional que dispôs amplamente sobre gênero e direitos humanos recebido pela legislação brasileira, Decreto nº 4.377/2002³⁷, promovendo a igualdade e repressão de toda discriminação, sendo nele assim estabelecido sobre a mulher gestante: “*os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita...*”.

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, por sua vez, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Resolução n. 48/104 no ano de 1993³⁸, veio reforçando e complementando o processo anterior da CEDAW, determinando que “*violência contra as mulheres*” *significa qualquer acto de violência baseado no género do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação...*”.

Conjuntamente, a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (1995) e demais conferências mundiais sobre a mulheres constituíram marcos inquestionáveis para a ampliação da visibilidade da temática e das questões de violência do gênero. Assim, no que

³⁴ ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; *et. al*, *Op. cit.*, passim.

³⁵ BELL, Laura F., *Op. cit.*, passim.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf Acesso em: 26 de maio de 2017.

³⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 26 de maio de 2017.

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, de 1993**. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm. Acesso em: 26 de maio de 2017.

concerne aos direitos reprodutivos, sexuais e de saúde, a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher acordou³⁹:

94. A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos, e não a mera ausência de enfermidade ou doença. A saúde reprodutiva implica, assim, a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem risco, a capacidade de procriar e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Essa última condição implica o direito para o homem e a mulher de obter informação sobre métodos seguros, eficientes e exequíveis de planejamento familiar e de ter acesso aos de sua escolha, assim como a outros métodos por eles escolhidos para regularização da fertilidade, que não estejam legalmente proibidos, e o direito de acesso a serviços apropriados de atendimento à saúde que permitam às mulheres o acompanhamento seguro durante a gravidez, bem como partos sem riscos, e dêem aos casais as melhores possibilidades de terem filhosãos. (...)

95. (...)Tais direitos têm por base o reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles, a dispor de informação sobre os meios para isso e a alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. Também inclui seu direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violências, em conformidade com o que estabelecem os documentos relativos aos direitos humanos.

96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. (...)

Nesse contexto, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, também conhecida como a “Convenção de Belém do Pará”⁴⁰, em 1996, alertou em seu artigo 2º, igualmente, para as violações dos direitos sexuais e reprodutivos como violência contra a mulher, podendo-se entender a violência obstétrica como violência de gênero⁴¹.

No Brasil, especificamente, dentro da discussão sobre a violência obstétrica, o Ministério da Saúde, na intenção de garantir os direitos sexuais, reprodutivos e de cidadania, criou políticas de atenção integral à saúde da mulher, como o Programa de Humanização no

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, de 1995**. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, de 1995**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁴¹ GALIMBERTI, Diana. **Violencia Obstétrica**. In: Federação Argentina de Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia: 2015. Disponível em: http://www.fasgo.org.ar/images/Violencia_obstetrica.pdf. Acesso em: 03 de maio de 2017.

Pré-Natal e Nascimento no ano de 2000⁴² (Portaria/GM nº 569/2000⁴³), que tinha como prerrogativa os avanços na qualidade do pré-natal, assistência ao parto e puerpério⁴⁴:

O objetivo primordial do Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento (PHPN) é assegurar a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade do acompanhamento pré-natal, da assistência ao parto e puerpério às gestantes e ao recém-nascido, na perspectiva dos direitos de cidadania.

O Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento fundamenta-se nos preceitos de que a humanização da Assistência Obstétrica e Neonatal é condição primeira para o adequado acompanhamento do parto e do puerpério. A humanização compreende pelo menos dois aspectos fundamentais. O primeiro diz respeito à convicção de que é dever das unidades de saúde receber com dignidade a mulher, seus familiares e o recém nascido. Isto requer atitude ética e solidária por parte dos profissionais de saúde e a organização da instituição de modo a criar um ambiente acolhedor e a instituir rotinas hospitalares que rompam com o tradicional isolamento imposto à mulher. O outro se refere à adoção de medidas e procedimentos sabidamente benéficos para o acompanhamento do parto e do nascimento, evitando práticas intervencionistas desnecessárias, que embora tradicionalmente realizadas não beneficiam a mulher nem o recém nascido, e que com frequência acarretam maiores riscos para ambos.

Já no ano de 2003, lançou-se a Política Nacional de Humanização (PNH), buscando colocar nas práticas de rotina de atendimentos médicos os princípios do SUS, a fim de produzir mudanças de humanização na comunicação, gerência e cuidados entre os trabalhadores da saúde e nos próprios atendimentos à população.⁴⁵

Em suma, o Ministério da Saúde aderiu e adotou as demais políticas, como o pacto pela redução da Mortalidade materna – 2004, a Política Nacional de Humanização – HumanizaSUS⁴⁶, a Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher, entre outros⁴⁷, vindo no ano de 2011, a promulgar a Portaria n. 1.459/2011⁴⁸ instituindo a Rede Cegonha, iniciativa pública com o intuito de promover um novo modelo de atenção à saúde da mulher e da

⁴² BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa Humanização do Parto: humanização do pré-natal e nascimento**. Brasília, Ministério da Saúde, 2002.

⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 569, de 01 de junho de 2000**. Gabinete do Ministro. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁴⁴ ANDRADE, Briena Padilha. Et al, *Op. cit.*, passim.

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Humanização**. Brasília, Ministério da Saúde, 2003.

⁴⁶ _____. Ministério da Saúde. **Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. HumanizaSUS: Documento base para gestores e trabalhadores do SUS**. Brasília, DF. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus_gestores_trabalhadores_sus_4ed.pdf.

⁴⁷ MALHEIROS, Paolla Amorim; *et. al, Op. cit.*, passim.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 1.459, de 24 de junho de 2011**. Gabinete do Ministro. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html.

criança, com foco na atenção ao parto, na tentativa de assegurar às mulheres seu direito ao planejamento reprodutivo e a atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério.⁴⁹

Na sequência, a partir de demandas de movimentos sociais, no ano de 2005, foi estabelecida a Lei nº. 11.108/2005⁵⁰, a qual afirmou o direito das mulheres de terem um acompanhante de sua escolha durante o trabalho de parto e em todas as fases de internação, tanto em instituições de saúde públicas ou privadas.⁵¹ Contudo, não especificando sobre meios de punição a quem impedir ou não fizer cumprir a mesma, esvaziando parcialmente a eficácia do instrumento legal.

De igual forma, temos as Portarias do Ministério da Saúde nº 1.067/2005⁵², a qual institui a “Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal” dando diretrizes para o atendimento à saúde da mulher parturiente e seu bebê no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, e a portaria nº 1.820/2009⁵³, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, bem como a portaria 2669/2009 do pacto pela vida, com programa para redução da mortalidade materna e infantil.

Em complementação à lei do acompanhante, a Resolução Normativa nº 338/2013⁵⁴ da Agência Nacional de Saúde Suplementar, determinou a ilegalidade da cobrança de despesas do acompanhante para planos de saúde que contemplem o atendimento hospitalar com obstetrícia em modalidade de quarto coletivo ou privativo.

No âmbito internacional, em 2014, a OMS novamente emitiu o documento “*prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*”, indicando algumas medidas para evitar e eliminar o desrespeito e os abusos contra as mulheres durante a assistência institucional ao parto no mundo inteiro⁵⁵.

⁴⁹ ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; *et. al*, *Op. cit.*, passim.

⁵⁰ BRASIL. **Lei 11.108, de 07 de abril de 2005**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁵¹ DINIZ, Carmen Simone. *et. al*, *Op. cit.*, passim.

⁵² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.067, de 04 de julho de 2005**. Gabinete do Ministro. Disponível em: www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009**. Gabinete do Ministro. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁵⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Resolução Normativa nº 338, de 21 de outubro de 2013**. Disponível em: <http://crn3.org.br/Areas/Admin/Content/upload/file-0711201565400.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁵⁵ Organização Mundial da Saúde. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Genebra: 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf. Acesso em 30 de julho, 2016.

Ato contínuo, no ano de 2015, a Declaração da OMS sobre taxas de cesárias⁵⁶, alerta para os índices altos de cesariana no mundo, destacando que a taxa ideal de cesárea recairia em 10% ou 15% do número de partos total de um país.⁵⁷ Indicando, igualmente, a utilização da classificação de Robson, como instrumento padrão de avaliação, de modo a facilitar, até mesmo, o monitoramento e comparação das taxas de cesáreas ao longo do tempo em um mesmo hospital e entre diferentes hospitais.⁵⁸

Tal declaração internacional seguiu-se da Portaria 306/2016, a chamada “*operação cesariana*”, onde demonstrou-se a necessidade de se estabelecerem parâmetros sobre a operação cesariana no Brasil e diretrizes nacionais para a sua utilização e acompanhamento das mulheres a ela submetidas. Elaborou-se para tanto as “Diretrizes Nacionais para o Parto Normal”, Portaria n. 353/17, contendo as recomendações para o parto normal, a serem abrangência de caráter nacional, e vinculação com as Secretarias de Saúde dos Estados, Distrito Federal e Municípios na regulação do acesso assistencial, autorização, registro e ressarcimento dos procedimentos correspondentes.

Em 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu [novas recomendações](#) para estabelecer padrões globais de cuidado para mulheres grávidas saudáveis e reduzir intervenções médicas desnecessárias, intitulada “*Recomendações de Cuidados Intraparto para uma experiência positiva de parto*”, com 56 recomendações baseadas em evidências sobre quais cuidados são necessários durante o trabalho de parto e pós parto imediato para a mulher e seu bebê.

Consoante demonstrou-se, apesar das Convenções e Declarações Internacionais protegerem os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres em todo mundo, o Brasil ainda não possui lei nacional específica que prevê a violência obstétrica, avançando a passos lentos na direção da humanização das instituições hospitalares, enquanto o termo violência obstétrica já é utilizado oficialmente na América Latina, como na Venezuela e Argentina.

Em contrapartida, há iniciativas estaduais e municipais, podendo-se ver alguns pequenos e parciais progressos legislativos, como no Estado de Santa Catarina com a

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas**. Organização Mundial da Saúde, 2015. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/161442/3/WHO_RHR_15.02_por.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁵⁷ _____. Ministério da Saúde. *Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana*. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Brasília, DF: 2015. Disponível em: <<http://conitec>>. Acesso em 15 de agosto, 2019.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Op. cit.*, passim

aprovação da Lei Estadual nº. 17.097/2017⁵⁹, que conceitua a violência obstétrica e sistematiza medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente, a citar, demais legislações como: Lei n. 5217/18, do Mato Grosso do Sul, Lei n. 3385/18, do Tocantins, Lei n. 23.175/18, de Minas Gerais, Lei 6.144/18 do Distrito Federal, Lei n. 19.701/18 do Paraná, Lei n. 4.749/19 do Amazonas, Lei 16.837/19 do Ceará, Lei 7191/16 do Rio de Janeiro, Lei 19.790/17 de Goiás, Lei n. 1.473/17 de Rondônia, Lei n. 10.647/16 da Paraíba, Lei n. 2.228/18 de Vitória da Conquista na Bahia, Lei 6302/16 e 4916/17 de Patos na Paraíba, Lei 13.080/15, Lei 13.061/15, Lei 13.448/17 de João Pessoa na Paraíba, Lei 8.459/18 em Divinópolis Minas Gerais.

Assim, apesar da insuficiência de legislação de âmbito nacional no Brasil, reconhecendo e conceituando potencialmente a violência obstétrica, podemos ver que a temática encontra-se em ascensão no país, no que tange à mobilização social, aumentando-se, inclusive, o número de denúncias nos últimos anos.

Contudo, em termos de políticas públicas, o ano de 2019 foi palco de crescentes retrocessos. A começar pela popularização dos projetos de lei em todo o Brasil que prezam pela possibilidade de eleição da mulher pela cesariana e em receber analgesia, ainda que não haja necessidade ou recomendação médica, como o projeto de lei 435/2019 na Assembleia Legislativa no Estado de São Paulo. Entretanto, tais projetos sequer observam que os direitos pleiteados já encontram-se garantidos pelas políticas públicas de humanização do SUS, tendo como viés unicamente descaracterizar o parto fisiológico aumentando o impacto financeiro para o Estado.

Para mais, em maio de 2019, o Ministério da Saúde divulgou despacho com o posicionamento oficial de que o termo violência obstétrica seria inadequado e deveria ser abolido por possuir caráter político-ideológico, ignorando, por sua vez, que o conceito teria total abrangência na legislação e documentos oficiais internacionais. Tal despacho ainda precisou ser retratado após manifestações e exigências dos órgãos fiscalizadores e de classe, como o Ministério Público Federal, Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF) e Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

⁵⁹ SANTA CATARINA. **Lei Estadual 17.097/2017, de 17 de janeiro de 2017**. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-17097-2017-santa-catarina-dispoe-sobre-a-implantacao-de-medidas-de-informacao-e-protecao-a-gestante-e-parturiente-contra-a-violencia-obstetrica-no-estado-de-santa-catarina>>.

De igual forma, no dia 17 de setembro de 2019 foi lançada no Diário Oficial da União a Resolução nº 2.232, de autoria do Conselho Federal de Medicina, que, no mínimo, equivocadamente limita a autonomia da paciente e interfere na diretiva antecipada da vontade, deliberando aos médicos a possibilidade de recusa caso ache que em atender o vontade da gestante coloca-se em risco a vida do bebê, além de considerar a “recusa terapêutica” da parturiente um abuso de direito.

Desta feita, conforme verificamos, praticar o desrespeito e abuso durante o pré-natal, parto e puerpério são violações dos direitos humanos e fundamentais básicos das mulheres, tais como: direito à saúde, reprodutivos, sexuais, integridade pessoal física e psicológica, ao livre desenvolvimento, intimidade, informação e dignidade da pessoa humana.

Assim, considerando os grandes índices de violência obstétrica que atingem às mulheres brasileiras e os direitos humanos que lhe asseguram o respeito a sua dignidade humana, ressalta-se a necessidade de promoção de ações públicas de prevenção e reparação em situações já existentes, salientando o compartilhamento das responsabilidades entre todos os envolvidos no processo, sejam profissionais de saúde e/ou gestores e dos serviços.

Ressalta-se, então, o apoio institucional como fator determinante e essencial para produzir mudanças nas equipes de saúde, tanto da rede pública quanto na rede privada, oferecendo uma saúde não fragmentada e com assistência contínua, incentivando, inclusive, que esse profissional não só esteja envolvido com os procedimentos de pré-natal, parto, nascimento e puerpério, mas seja cobrado na sua perícia e responsabilidade ética nos seus cuidados.

Aliás, a conscientização da população geral sobre a Violência Obstétrica é alicerce fundamental para se dar maior visibilidade ao problema, com a criação de mais canais oficiais para a denúncia, facilitando, dessa maneira, a elaboração de estratégias de enfrentamento e responsabilização dos diferentes atores envolvidos.

Igualmente, imperativo se faz uma legislação que defina e criminalize a violência obstétrica, já que o Brasil não conta com marcos legais nacionais que demarquem e delimitem o conceito de violência obstétrica e colaborarem na proposição de ações que enfrentem a problemática, o que viabilizaria a denúncia pelas mulheres e a atribuição de penas no judiciário.

Por fim, compreende-se que novos modos que estimulem a autonomia das mulheres somente são possíveis ao romper-se também com modelos institucionais ainda existentes,

democratizando-os e fiscalizando-os, e partindo de um viés menos controlador e supressor da autonomia feminina, colaborando, assim, através de uma educação e formação atualizada dos nossos profissionais da saúde, para que surjam novas referências de partos, tal como a ideia do parto humanizado, que colocam como objetivo a centralização na mulher, contemplando suas particularidades conjuntamente com a garantia dos seus direitos humanos fundamentais.⁶⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A patologização de um processo natural, que descentraliza a figura da parturiente do seu papel de protagonista durante o parto, replicando a ideia de um procedimento unicamente com dor e sofrimento, compactua para a negligência das percepções, emoções e particularidades de cada mulher, deixando-as vulneráveis à violência e abusos eventualmente sofridos por profissionais da saúde.

Ressalta-se, então, a importância do debate sobre a questão da violência obstétrica, de forma a levar maiores informações às mulheres dos seus direitos, tanto na gestação, no parto e no pós-parto, instrumentalizando-as para que possam tomar suas próprias decisões com autonomia sobre o seu corpo, no nascimento de seus filhos e na denúncia das violências sofridas.

Portanto, na perspectiva dos direitos humanos, faz-se necessário a construção, reconhecimento e constituição de um novo direito de gestar e parir, onde preserve-se a maternidade segura, prazerosa e socialmente amparada, de forma a amenizar os abusos e violências sofridas, com o incentivo do governo na construção de maiores políticas públicas, como o parto humanizado, e a construção de uma legislação que defina e criminalize a violência obstétrica no Brasil.

⁶⁰ Cf. ZASCIURINSKI, Juliana Miranda. *Op. cit.*, passim

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Briena Padilha. AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência obstétrica: a dor que cala.** In: Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 3, 2014. Londrina: UEL, 2014. ISSN 2177-8248. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2020.

AQUINO, Estela M. L.. **Para reinventar o parto e o nascimento no Brasil: de volta ao futuro.** In: Cad. Saúde Pública, vol.30, supl.1. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso: 20 nov.2019.

BELLI. Laura F. **La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos.** In: Revista Redbioética/UNESCO, Ano 4, Vol. 1 (7): 25-34. Jan./Jun 2013. ISSN 2077-9445. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy/shs/redbioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_7/Art2-BelliR7.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2019.

BRANDT, Gabriela Pinheiro; SOUZA, Silvia Jaqueline Pereira de; MIGOTO, Michelle Thais; WEIGERT, Simone Planca. **Violência Obstétrica: a verdadeira dor do parto.** In Revista Gestão & Saúde. Disponível em: <<http://www.herrero.com.br/files/revista/file2a3ed78d60260c2a5bedb38362615527.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Lei 11.108, de 07 de abril de 2005.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>.

_____. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Resolução Normativa nº 338, de 21 de outubro de 2013.** Disponível em: <<http://crn3.org.br/Areas/Admin/Content/upload/file-0711201565400.pdf>>.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 569, de 01 de junho de 2000.** Gabinete do Ministro. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.067, de 04 de julho de 2005.** Gabinete do Ministro. Disponível em: <www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br>.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n. 1.459, de 24 de junho de 2011.** Gabinete do Ministro. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009.** Gabinete do Ministro. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf>.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher.** Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Área Técnica da Mulher. Brasília. 2001.

_____. Ministério da Saúde. **Programa Humanização do Parto: humanização do pré-natal e nascimento.** Brasília. 2002.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Humanização.** Brasília. 2003.

_____. Ministério da Saúde. **Parto, Aborto e Puerpério – Assistência Humanizada à Mulher.** 2001.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Pré-natal e puerpério: atenção qualificada e humanizada.** Manual técnico. Série A: Normas e manuais técnicos. Série Direitos sexuais e reprodutivos – Cad. 5. Brasília. 2005.

_____. Ministério da Saúde. **Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. HumanizaSUS:** Documento base para gestores e trabalhadores do SUS. Brasília, DF. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus_gestores_trabalhadores_sus_4ed.pdf>.

_____. Senado Federal. CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Violência Obstétrica “Parirás com dor”.** Produção de Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. Brasília: Senado Federal, CPMI da Violência Contra as Mulheres, 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>.

_____. Ministério da Saúde. **Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC).** Brasília, DF: 2015. Disponível em: <<http://conitec.gov.br>>. Acesso em 15 de agosto, 2019.

DINIZ, Carmen Simone Grilo; D’ORSI, Eleonora; DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira, et al. **Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascir no Brasil.** In: Cad. Saúde Pública, vol.30, supl.1. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2014001300020&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ENTRINGER, Aline Piovezan; PINTO, Marcia Ferreira Teixeira; GOMES, Maria Auxiliadora de Souza Mendes. **Análise de custos da atenção hospitalar ao parto vaginal e à cesariana eletiva para gestantes de risco habitual no Sistema Único de Saúde** in Ciênc. Saúde Coletiva, vol.24, no.4. Rio de Janeiro: mai. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000401527>. Acesso em 08 jan. 2020.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Núcleo de Opinião Pública. **Gravidez, filhos e violência institucional no parto**. In: Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: pesquisa de opinião pública. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/node/7247>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

GALIMBERTI, Diana. **Violencia Obstétrica**. In: Federação Argentina de Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia: 2015. Disponível em: <http://www.fasgo.org.ar/images/Violencia_obstetrica.pdf>. Acesso em: 03 de nov. 2019.

GUILLÉN, Francisca Fernández. **¿Qué es la violencia obstétrica? Algunos aspectos sociales, éticos y jurídicos**. In: Revista Dilemata, Ano 7, nº 18: 113-128, 2015. ISSN 1989-7022. Disponível em: <<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/375>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

JANSEN, Mariana. **Violência Obstétrica: Por que devemos falar sobre?**. Acesso em 28 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

JARDIM, Danúbia Mariane Barbosa. **A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características**. Danúbia Mariane Barbosa Jardim, Celina Maria Modena/ Rev. Latino-Am. Enfermagem. vol. 26. Ribeirão Preto. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692018000100613&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 31 maio 2019.

LANSKY, Sônia. et al. **Pesquisa nascer no brasil: Perfil da mortalidade neonatal e avaliação da assistência à gestante e ao recém-nascido**. Cadernos de Saúde Pública, v. 30, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300024>. Acesso em: 29 out. 2019.

KALCKMANN, Suzana. BATISTA, Luís Eduardo. CASTRO, Cláudia Medeiros de, et. al. Lago TDG, Souza SR, organizers. **Nascer com equidade: humanização do parto e nascimento** - questões raciais/cor e de gênero. São Paulo: Instituto de Saúde; 2010. Disponível em: <www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/temas-saude-coletiva/pdfs/nascer.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2020.

MALHEIROS, Paolla Amorim; ALVES, Valdecyr Herdy; RANGEL, Tainara Seródio Amim; et. al. **Parto e nascimento: saberes e práticas humanizadas**. In Texto contexto - enferm. vol.21 no.2. Florianópolis: Apr./June 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-07072012000200010>>. Acesso em: 29 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres**, de 1993. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, de 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres**, de 1995. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. **Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas**. Organização Mundial da Saúde, 2015. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/161442/3/WHO_RHR_15.02_por.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Genebra: 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf>. Acesso em 30 jul. 2016.

PAES, Fabiana. **A importância do direito ao acompanhante para prevenir a violência obstétrica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/mp-debate-importancia-acompanhante-prevenir-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 29 out. 2019.

SÁNCHEZ, Silvia Bellón. **La violencia obstétrica desde los aportes de la crítica feminista y la biopolítica**. In: Revista Dilemata, Ano 7, nº 18: 113-128, 2015. ISSN 1989-7022. Disponível em: <<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/374>>. Acesso em: 14 set. 2017.

SANFELICE, Clara Fróes de Oliveira. SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. **Parto domiciliar: avanço ou retrocesso?**. Rev Gaúcha Enferm., 2014 mar. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rgenf/v35n1/pt_1983-1447-rgenf-35-01-00157.pdf>. Acesso em 12 maio 2017.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual 17.097/2017, de 17 de janeiro de 2017**. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-17097-2017-santa-catarina-dispoe-sobre-a-implantacao-de-medidas-de-informacao-e-protecao-a-gestante-e-parturiente-contr-a-violencia-obstetrica-no-estado-de-santa-catarina>>.

SILVA, Michelle Gonçalves da; MARCELINO, Michelle Carreira; RODRIGUES, Lívia Shélida Pinheiro; TORO, Rosário Carcaman; SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. **Violência obstétrica na visão de enfermeiras obstetras.** Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11479/1/2014_art_mgsilva.pdf>. Acesso em 27 out. 2019.

SOUZA, João Paulo; CASTRO, Cynthia Pileggi. **Sobre o parto e o nascer: a importância da prevenção quaternária.** In: Cad. Saúde Pública, vol.30, supl.1. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2014001300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 13 dez. 2016.

WOLFF, Leila Regina. WALDOW, Vera Regina. **Violência consentida: mulheres em trabalho de parto e parto.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v17n3/14>>. Acesso em: 28 out. 2019.

World Health Organization – WHO. (1996b). **Global consultation on violence and health. Violence: a public health priority.** Geneva. Disponível em <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/introduction.pdf>. Acesso em 28 out. 2019.

World Health Organization – WHO. (1996a). **Care in normal birth: a practical guide. Report of a technical working group.** Geneva. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO_FRH_MSM_96.24.pdfWorld>. Acesso em 28 out. 2019.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; URIBE, Magaly Calderón; NADAL, Ana Hertzog Ramos De; HABIGZANG, Luísa Fernanda. **Violência Obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa.** *Psicol. Soc.* [online], vol.29, e155043. Epub July 10, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29155043>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ZASCIURINSKI, Juliana Miranda. **Violência Obstétrica: uma contribuição para o debate acerca do empoderamento feminino.** Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/violencia-obstetrica_juliana-miranda.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

COMPLIANCE: A ADVOCACIA QUE EVITA RISCOS E DANOS

Ingrid Fagundes Ziebell¹

Carolina Höhn Falcão²

RESUMO: O presente artigo visa tratar sobre a necessidade da adaptação do Direito às mudanças da sociedade consolidando, no caso em apreço, na autorregulação empresarial. Partiu-se da importância deste mecanismo para o Estado como forma de controle e passou-se à análise do instituto do *Compliance* como forma de entender o seu funcionamento, analisando-se a relação das consequências decorrentes da sua implementação como forma de evitar os danos sociais, inclusive aqueles não capitulados em normas. Por fim, buscou-se vincular a importância do trabalho da advocacia junto à implementação deste mecanismo nas instituições.

Palavras-chave: criminologia; *compliance*; autorregulação; danos sociais; advocacia.

INTRODUÇÃO

Ao considerarmos o Direito enquanto uma ciência social, partimos do pressuposto da necessidade de sua adaptação às mudanças da sociedade. Ou seja, diante de uma sociedade em constante mutação como a nossa, cabe ao direito buscar adaptar-se para abarcar as alterações da realidade.

Nesse sentido, buscamos neste trabalho compreender como as mudanças sociais no tocante à autorregulação, especificamente as empresariais, afetam os danos sociais e aqueles evitados pela implementação deste sistema, bem como a importância do papel da advocacia neste mecanismo.

Para tanto, partiremos de uma compreensão de como a autorregulação tornou-se a forma principal de gerenciar do Estado e como esta conduta passou a ser exigida das empresas e altas administrações, notadamente a partir da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013). A partir disso, analisaremos o instituto do *compliance* na intenção de compreender seu significado e funcionamento e como este interage com os danos sociais decorrentes dos crimes empresariais.

¹ Advogada pós-graduada em Processo Penal pela Faculdade Damásio (2019), em Investigação Criminal e Neuropsicologia Jurídica pela UniBF (2019) e Segurança Pública e Inteligência pela UniBF (2019). Membro da Comissão Mulher Advogada Subseção Pelotas. OAB/RS 107.443. E-mail: ingridziebell@hotmail.com

² Mestranda no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas - Direito e Vulnerabilidade Social. OAB/RS 115979. E-mail carol.h.falcao@gmail.com

Para melhor busca do que nos propomos partiremos da análise do sentido de *Compliance* e Dano Social. Ademais, buscaremos compreender qual a conexão entre essas duas variáveis a fim de verificar como se relacionam ou podem vir a se relacionar com a implementação das novas legislações referentes à autorregulação empresarial e prevenções.

Por fim, veremos como se dá a relevância da atuação jurídica e o papel da advocacia neste novo mecanismo.

1. A AUTORREGULAÇÃO COMO *MODUS OPERANDI*

Quando pensamos na atual organização social, percebemos uma grande mudança a partir da segunda metade século XIX. Uma dessas mudanças diz respeito à organização estatal e de como o poder se organiza.

Para melhor compreender essas mudanças, nos valem de alguns conceitos de Michel Foucault, quem, no texto “O olho do poder”, inserido livro “A microfísica do poder”, disserta sobre a remodelação do poder.

Nesse sentido, apresenta Michel Foucault³:

Na verdade, qual é o sonho rousseauiano presente em tantos revolucionários? O de uma sociedade transparente, ao mesmo tempo visível e legível em cada uma de suas partes; que não haja mais nela zonas obscuras, zonas reguladas pelos privilégios do poder real, pelas prerrogativas de tal ou tal corpo ou pela desordem; que cada um, do lugar que ocupa, possa ver o conjunto da sociedade; que os corações se comuniquem uns com os outros, que os olhares não encontrem mais obstáculos, que a opinião reine, a de cada um sobre cada um.

Ou seja, uma organização estatal na qual todos vejam a todos. Dessa organização, baseada no *Panopticon*, de Bentham, Foucault revela sua noção de como o poder age em nossa sociedade. Assim, por meio desta metáfora, explica Foucault⁴ como a descentralização do poder vem ocorrendo:

³FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 2017. Disponível em: <<https://petletras.paginas.ufsc.br/files/2017/03/foucault-microfisica-do-poder.pdf>> Acesso em 29 de dez. de 2019. p. 118.

⁴FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 2017. Disponível em: <<https://petletras.paginas.ufsc.br/files/2017/03/foucault-microfisica-do-poder.pdf>> Acesso em 29 de dez. de 2019. p. 120.

Sem necessitar de armas, violências físicas, coações materiais. Apenas um olhar. Um olhar que vigia e que cada um, sentindo-o pesar sobre si, acabará por interiorizar, a ponto de observar a si mesmo; sendo assim, cada um exercerá esta vigilância sobre e contra si mesmo. Fórmula maravilhosa: um poder contínuo e de custo afinal de contas irrisório. Quando Bentham pensa tê-la descoberto, ele pensa ser o ovo de Colombo na ordem da política, uma fórmula exatamente inversa daquela do poder monárquico.

Esse poder descentralizado é, pois, a forma como nossa sociedade vem se guiando na contemporaneidade, por meio de um gerencialismo. Assim, a autorregulação passa a ter centralidade em diversos setores, entre eles, nos ordenamentos jurídicos.

2. COMPLIANCE: A AUTORREGULAÇÃO JURÍDICA

Conforme apontado, a descentralização assume destaque nas formas de organização do poder. Assim, há a garantia uma forma de gestão mais econômica, de modo que cada indivíduo assuma a responsabilidade de se autogerir e observar o próximo. Na esfera jurídica, mais especificamente na intersecção entre direito empresarial e criminal, ganha destaque o instituto do *Compliance*.

Simploriamente, esse instituto pode ser definido como a necessidade de estar de acordo com Lei. Adjetiva-lo enquanto simplório já leva-nos a compreender a insuficiência do conceito.

Ora, se *Compliance* serve única e exclusivamente para que se aja dentro da legislação, não seria um instituto um tanto quanto inútil, haja vista a positivação das leis?

Dado o exposto, já resta perceptível a dificuldade de definição deste instituto. Portanto, para melhor compreensão do que se trata o *Compliance*, traçaremos alguns pontos importantes para sua definição: a etimologia da palavra, os objetivos e, por fim, sua aplicabilidade na realidade brasileira.

Desde já destacamos o fato de que o *Compliance* é relativamente novo no Brasil. Seu surgimento se deu a partir da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), apesar de já existirem dispositivos legais anteriormente dispendo sobre corrupção, como a Lei que criminalizou a Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998).

Sendo assim, são bastante recentes e pouco explorados os temas, também dentro da academia, por isso, valeremo-nos de artigos acadêmicos recentes de pesquisadores - brasileiros ou estrangeiros - a fim de construirmos o conceito deste instituto.

A priori, para a compreensão do termo, a análise etimológica da palavra faz-se válida. *Compliance* deriva do verbo em inglês *to comply*, cujo significado, de acordo com o *Cambridge Dictionary*⁵, é “to act according to an order, set of rules, or request”, ou seja agir de acordo com uma ordem, conjunto de regras ou solicitação.

Apesar de parecer apenas uma repetição do conceito previamente comentado, estamos de acordo com a posição de Saavedra⁶:

No nosso entendimento, “estado de conformidade” adquire, na área de Compliance, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado “dinâmico” de conformidade, ou seja, o “estado de conformidade” significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o “compromisso” com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de Compliance. Portanto, Compliance é a área do conhecimento, que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje”, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada “orientação de comportamento”.

No tocante aos objetivos do *Compliance*, trazemos à análise duas citações que bem os resumem. Primeiramente, valemo-nos do lecionado por Thomas Rotsch⁷ para uma compreensão mais generalizada:

Criminal compliance comprende la totalidad de las medidas, necesarias ex ante y ex post no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o um miembro de la organización se cometa un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, en consenso con la autoridad en materia de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal en sentido amplio y, con ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa.

⁵COMPLY. Cambridge Dictionary Online. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/comply>> Acesso em 03 de jan. de 2020.

⁶ SAAVEDRA, Giovani Agostini. COMPLIANCE CRIMINAL: REVISÃO TEÓRICA E ESBOÇO DE UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL. in: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 8, nº15, mai.-ago. 2016. p. 246.

⁷ ROTSCH, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance. In Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa. Jun/2015. p 20.

Rafael Guedes Castro⁸, por sua vez, apresenta-nos os objetivos de uma forma mais específica, ou talvez uma visão mais prática dos objetivos:

Os objetivos são definidos pela própria empresa e se referem à necessidade de impedir fatos delituosos, especialmente corrupção, lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo, delitos contra a livre concorrência, contábeis, fraudes tributárias, delitos ambientais, e revelação de segredos profissionais. Não somente abarcam interesses no âmbito da empresa, tais como os objetivos de seus proprietários, como também interesses sociais, de consumidores e parceiros comerciais.

Por fim, é válido avaliar como se dá e qual o histórico do instituto do *Compliance* no Brasil. Muito embora *Compliance* exista no Brasil desde os anos 1990, as discussões a seu respeito tomaram conta do mundo acadêmico - e do empresarial - apenas em meados de 2014. Para entender esse processo, Saavedra⁹ traça alguns pontos relevantes que deram destaque ao tema:

As razões desse interesse são conhecidas: de um lado, a Lei 12.683 de 09 de Julho de 2012, que modificou a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613 de 03 de Março de 1998), ampliou consideravelmente os setores obrigados a ter programas de Compliance, assim considerados como o conjunto de políticas, procedimentos e controles internos com vistas à prevenção à lavagem de dinheiro; além disso, a APn 470 (o caso do Mensalão) acabou também chamando a atenção de todos para a debate sobre a responsabilidade penal dos Compliance Officers, bem como para o debate sobre a teoria do domínio do fato. A Lei 12.846 de 01 de Agosto de 2013 (também chamada de “Lei Anticorrupção”, “Lei da Empresa Limpa”, “Lei da Probidade Administrativa” ou “Lei da Probidade Empresarial”) completou esse ciclo. Ela veio, em grande medida, implantar no Brasil medidas que já eram conhecidas e aplicadas em países como os Estados Unidos da América. [...] Também essa lei acabou tendo sua importância ressaltada por um caso prático: a chamada “Operação Lava-Jato”. Essa operação acabou por desencadear uma onda de investigações nacionais e internacionais correlatas, fundamentadas em leis anticorrupção, o que contribuiu sobremaneira para o início de criação de uma consciência acerca da importância e do papel da nova lei.

Dessa maneira, podemos sinteticamente definir *Compliance* como - além da conformidade com o direito - a harmonia à conjuntos de regras, comportamentos e atitudes éticas, cuja finalidade está tanto na ação preventiva, quanto na garantia de valorização da empresa.

⁸ CASTRO, Rafael Guedes de. *Compliance Criminal: Autorregulação, Gerenciamento do Risco e Impactos na Atividade Econômica Empresarial*. 2016. p 66.

⁹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. *COMPLIANCE CRIMINAL: REVISÃO TEÓRICA E ESBOÇO DE UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL*. in: *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº15, mai.-ago. 2016. p 240-241.

Ademais, de acordo com a nova regulamentação, o instituto aqui tratado deve introduzir na instituição uma série de mudanças e prevenções, quais sejam:

1. Padrões de ética e de conduta (Código de Ética);
2. Regras, políticas e procedimentos para mitigar os riscos;
 - Política de relacionamento com o setor público;
 - Política relativa ao oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes a gente público nacional ou estrangeiro;
 - Política relativa a registros e controles contábeis;
 - Política de contratação de terceiros;
 - Política sobre fusões, aquisições e societárias;
 - Política sobre patrocínios e doações;
3. Comunicação e treinamento;
4. Canal de denúncias;
5. Medidas disciplinares;
6. Ações de remediação.

Esta estruturação de regras se encontra em consonância com o artigo 42 do Decreto n. 8420/15, e serve de norteamento ao *Compliance Officer* no exercício das suas atividades.

3. A TEORIA DO DANO SOCIAL

A segunda variável a ser analisada diz respeito ao dano social. A análise dos estudos em criminologia nos leva a perceber um grande enfoque no sujeito do crime e na legislação a responder este sujeito. Ou seja, crime e punição enquanto dois grandes temas convergentes.

Ocorre que tal forma de se pensar a criminologia tende, muitas vezes, a ser uma forma de perpetuar a legitimação da violência. Nesse sentido, Dias e Budó¹⁰ alertam:

Em síntese, entende-se que a criminologia científica dos séculos XIX e XX é auxiliar aos processos de "racionalização" que fundamentaram o pensamento colonizador e racista como algo "natural" na sistemática de desenvolvimento humano moderno.

¹⁰ DIAS, Felipe da Veiga; BUDÓ, Marília de Nardin. Criminologia verde e a responsabilidade do estado no esvaziamento do licenciamento ambiental na política nacional do meio ambiente. **Revista Meritum**. Volume 14, n. 1. Belo Horizonte. 2019. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6851>> Acesso em 02 de jan. 202. p. 282.

Ora, diante de uma racionalização da criminologia capaz de propagar ainda mais violência, evidente fica a necessidade de reformulação deste estudo. Nesse sentido, no lugar de pensar um estudo centrado no crime, a criminologia crítica passa seu olhar a outros pontos centrais. Nesse sentido, explicam Dias e Santos¹¹:

Portanto, o debate sobre os limites e possibilidades acerca do objeto da criminologia no que se refere ao conceito de dano social, que são as condutas praticadas pelas elites econômicas e políticas (grupos poderosos da sociedade), tem sido uma constante no percurso das pesquisas criminológicas. Inicialmente, a disciplina limitava-se a definição de seu objeto a partir da atuação dos meios de controle social e pela legislação penal, e gradualmente foi conquistando autonomia.

Assim, há um desvio no estudo da criminologia, quem não mais analisa apenas o crime, o criminoso e a lei, mas também o dano social, como apontam Dias e Budó¹²:

Posto isso, a ruptura epistemológica se dá em torno de um novo objeto: o dano social. Tomar o dano social como enfoque a movimentar a Criminologia amplia o campo de análise e de compreensão das vítimas, superando os limites que permitem hoje as definições do crime, desvio e da criminalidade.

Mas afinal, o que seria o dano social? O compreendemos enquanto um conceito abrangente, capaz de abarcar os danos que foram causados tanto pelo Estado, quanto por empresas, os quais violam ou prejudicam os sujeitos, muito embora não estejam necessariamente positivados enquanto crimes.

4. COMPLIANCE E DANO SOCIAL

Das breves definições previamente abordadas, fácil fica compreender onde os conceitos se encontram.

Ora, se *compliance* é uma forma de criminologia preventiva em que não só o crime propriamente dito é evitado, aquilo que se encontra fora da pequena caixa do crime, podemos

¹¹ DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Lucas da Silva. VIOLÊNCIAS OPERACIONALIZADAS PELO ESTADO: um debate sobre os danos causados pelas atuações letais da polícia brasileira. Revista Húmus. Volume 9, n. 27. Maranhão. 2019. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12008>> Acesso em 05 de jan. de 2020.

¹² DIAS, Felipe da Veiga; BUDÓ, Marília de Nardin. CRIMINOLOGIA VERDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ESVAZIAMENTO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Revista Meritum. Volume 14, n. 1. Belo Horizonte. 2019. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6851>> Acesso em 02 de jan. 2020. p. 284.

entender como o dano social. Logo, poderíamos (re)definir *compliance* enquanto uma forma de prevenir o dano social.

O campo abrangido pelo dano social é muito mais amplo que o do crime, facilitando, assim a compreensão do conceito escolhido. Nesse sentido, ilustram Dias e Budó¹³:

Com base nesse contexto compreendem-se as motivações para utilizar o dano social e não somente a ideia de violação de direitos, pois esta última visão serve tanto a privações cotidianas como não ter um lugar adequado no cinema para uma pessoa obesa, quanto para a eliminação em massa de pessoas pelo Estado.

Na mesma linha, melhor explicam Dias e Santos¹⁴:

As condutas desviantes de caráter individual não provocam danos na mesma escala das condutas praticadas por Estados e mercados, que por sua vez, não costumam ser definidas como criminosas por não estarem positivadas nas legislações penais. Por tais razões, a atenção/produção científica por muito tempo, se dedicou a estudar a partir da definição legal de crime, e ignorou os estudos sobre os danos causados pelos grupos poderosos detentores de poder político, que efetivamente causam os maiores danos à humanidade.

Assim, cristalina está a relação entre os crimes cometidos pelas empresas, os atos considerados capazes de gerar danos sociais e sua forma de prevenção, o *Compliance*.

5. O PAPEL DA ADVOCACIA NO COMPLIANCE

De acordo com o ex-presidente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2018), o papel do advogado no Compliance é essencial eis que se destina a prevenção a fraudes, o cuidado com a segurança da informação, a gestão de risco e de pessoas, o atendimento a auditorias internas e externas, o plano de continuidade dos negócios em cenários de crise e a elaboração e publicação de normas e procedimentos, com direcionamento de responsabilidade aos gestores das respectivas áreas.

¹³ DIAS, Felipe da Veiga; BUDÓ, Marília de Nardin. CRIMINOLOGIA VERDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ESVAZIAMENTO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Revista Meritum. Volume 14, n. 1. Belo Horizonte. 2019. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6851>> Acesso em 02 de jan. 2020. p. 285.

¹⁴ DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Lucas da Silva. VIOLÊNCIAS OPERACIONALIZADAS PELO ESTADO: um debate sobre os danos causados pelas atuações letais da polícia brasileira. Revista Húmus. Volume 9, n. 27. Maranhão. 2019. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12008>> Acesso em 05 de jan. de 2020. p. 178.

Naturalmente o profissional da advocacia possui o conhecimento técnico específico necessário para trabalhar de acordo com o sistema norteador do Compliance, qual seja, os cinco pilares de um programa de integridade: 1) comprometimento e apoio da alta direção; 2) definição de instância responsável; 3) análise de perfil e riscos; 4) estruturação das regras e instrumentos e 5) estratégias de monitoramento contínuo.

Através da atuação no preventivo o advogado e a advogada podem fazer com que a instituição que adotou e implementou o *Compliance* evite grandes riscos e danos que fariam com que a empresa se expusesse ou até mesmo a levasse ao fim das atividades.

CONCLUSÃO

A organização do Estado de uma forma gerencial leva inúmeras modificações nos mais diversos setores da vida em sociedade. A individualização das responsabilizações é uma delas. Assim, a autorregulação passa a ser a forma de o estado controlar os indivíduos.

Dessas mudanças de paradigma surge o *Compliance*, uma forma de as empresas se autorregularem e agirem dentro da legalidade, método que vem surgindo e tendo cada vez mais empresas

Dado o caráter um tanto quanto insuficiente desta definição, passamos à análise do conceito de dano social, o qual compreendemos enquanto aquele que pode ser praticado pelo Estado ou por empresas, de forma a prejudicar indivíduos ou a coletividade, independente de ser um ato positivado enquanto crime.

Assim, analisados separadamente e, a seguir, em conjunto, os conceitos abordados, podemos, por fim, compreender o *Compliance* enquanto uma forma de prevenir os possíveis danos sociais praticados pelas Empresas.

Nesta senda, o papel da advocacia se mostra extremamente importante eis que a profissional jurídica atuará diretamente na implementação das normatizações preventivas do *Compliance* sempre analisando o contexto e as consequências nas mais diversas áreas do Direito.

Provoca-se, portanto, uma mudança de cultura social no sentido de não mais apenas combater e litigar judicialmente, mas, sim, atuar fortemente na prevenção dos riscos e evitar gastos desnecessários em honorários de litigância, o desgaste da imagem da empresa envolvida em escândalos e, até mesmo, a falência da empresa ou a responsabilização criminal da alta administração.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Rafael Guedes de. **Compliance Criminal: Autorregulação, Gerenciamento do Risco e Impactos na Atividade Econômica Empresarial.** (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná). Curitiba, 2016.

COMPLY. **Cambridge Dictionary Online.** Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/comply>> Acesso em 03 de jan. de 2020.

DIAS, Felipe da Veiga; BUDÓ, Marília de Nardin. Criminologia verde e a responsabilidade do estado no esvaziamento do licenciamento ambiental na política nacional do meio ambiente. **Revista Meritum.** Volume 14, n. 1. Belo Horizonte. 2019. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6851>> Acesso em 02 de jan. 2020

DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Lucas da Silva. Violências operacionalizadas pelo estado: um debate sobre os danos causados pelas atuações letais da polícia brasileira. **Revista Húmus.** Volume 9, n. 27. Maranhão. 2019. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12008>> Acesso em 05 de jan. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** 2017. Disponível em: <<https://petletras.paginas.ufsc.br/files/2017/03/foucault-microfisica-do-poder.pdf>> Acesso em 29 de dez. 2019.

ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance.** In Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa. Jun/2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. in: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, nº15, mai.-ago. 2016.

A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Karina Mombelli Sant' Anna¹

RESUMO: O presente trabalho analisa o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, atualmente regulamentado pelas disposições recentes do Código de Processo Civil de 2015, e a sua compatibilidade com a matéria consumerista, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial envolvendo o assunto. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo dialético, o artigo procura verificar em que medida essa inovação legislativa é compatível e/ou representa uma evolução no âmbito do Direito do Consumidor.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Teorias. CPC/2015. Direito do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica possui origem no sistema *commom law*, a partir da produção de decisões jurisdicionais que em que se reconheceu a desconsideração da personalidade do ente moral já no século XIX². No Brasil, por sua vez, a doutrina destaca como ponto inicial as contribuições pioneiras formulada pelo doutrinador REQUIÃO³ ao publicar a obra *Abuso de Direito e Fraude através da personalidade jurídica*, que incentivou o desenvolvimento de movimentos doutrinários e jurisprudenciais que buscavam o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica, ainda inexistente a previsão legal expressa.

Essa teoria em apreço busca o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que se constatam abusos ou fraudes perpetradas por parte dos seus membros que, por se esconderam sob o manto da personalidade da pessoa jurídica autônoma, ocasionam prejuízos aos terceiros de boa-fé, para que então seja possível a correta e eficaz destinação da execução da obrigação.

¹Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada.

²GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista dos Tribunais*. vol.846/2006. p. 11-29. Abr.2006, p.02.

³REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Disponível em: <<https://direitocomercialmack.wordpress.com/2009/11/02/texto-abuso-de-direito-e-fraude-atraves-da-personalidade-juridica/>> Acesso em: 02 de julho de 2019.

Atualmente, o ordenamento jurídico possui diversos dispositivos que regulamentam a matéria, sendo certo que a matéria no âmbito civil está estipulada no art. 50 do Código Civil de 2002 e, no âmbito do Direito do Consumidor, especificamente no art. 28, caput, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

A sistemática adotada pela doutrina, e reconhecida pela jurisprudência, divide a teoria em questão em dois desmembramentos, Teoria Maior, que estipula a desconsideração da personalidade jurídica somente quando comprovado o abuso ou fraude na relação, conforme previsão do art. 50 do CC/2002 e no art. 28, caput, do CDC; enquanto a Teoria Menor, se limita a ideia de a única demonstração pelo credor de que a sociedade não possui bens para satisfazer o adimplemento desejado autoriza a medida judicial.

Entretanto, até o advento do Código de Processo Civil, não existiam disposições claras e sistemáticas que regulamentassem o procedimento dessa desconsideração da personalidade jurídica na matéria civil, o que foi superado com o advento do Título III, arts. 133 até 137 do referido diploma legal.

Todavia, embora a doutrina tenha recepcionado de forma positiva essas disposições inovadoras, torna-se imperioso analisar em que medida esses regramentos de caráter processual são compatíveis com o direito material do consumidor já anteriormente consagrado. Além do mais, o estudo da jurisprudência estadual também se mostra importante para que se possa compreender a postura e compreensão dos magistrados sobre o tema.

2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MARCOS LEGISLATIVOS

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica foi expressamente reconhecida no cenário nacional a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no art. 28 da lei. Entretanto, embora a previsão expressa legislativa pioneira tenha se dado na legislação de caráter consumerista, essa desconsideração não se destina apenas às demandas jurídicas que são objetos do CDC, pois, hoje, ela é prevista e aplicada nas mais diversas áreas da ciência do Direito, como, por exemplo, nos ramos do Direito Civil, do Direito Ambiental, do Direito de Família, entre outros.

Contudo, ainda que não sistematizada da forma como é compreendida atualmente, a essência do conteúdo compreendido nessa Teoria está presente nos ordenamentos jurídicos

nacionais e internacionais há muito tempo, conforme se verificará nos marcos históricos e legislativos nacionais a seguir apresentados de forma específica.

Os marcos históricos internacionais que revelam as origens da Teoria da Desconsideração da Personalidade da Pessoa jurídica demonstram que o estudo em questão surgiu no sistema *commom law*, por meio de decisões jurisdicionais que iniciaram os primeiros julgamentos em que se reconheceu a desconsideração da personalidade do ente moral no século XIX⁴.

Nesse sentido e a título de conhecimento histórico, ressalta-se a decisão proferida no ano de 1809, nos Estados Unidos, no caso envolvendo as partes *Bank of United States* contra *Deveaux*. Nessa oportunidade, o magistrado desconsiderou a personalidade autônoma da pessoa jurídica em questão para preservar a competência das Cortes Federais no processamento e julgamento da lide. Isto porque, a mencionada Corte Federal só poderia atuar nas causas em que houve uma pluralidade de cidadanias estaduais, o que não seria possível se a Corte não tivesse reconhecida as diversas cidadanias dos membros dos réus e não apenas a personalidade isolada da pessoa jurídica⁵.

Assim como a citada decisão, outros marcos internacionais importantes na linha evolutiva da matéria são observados, como, por exemplo, a decisão do caso *Salomon contra Salomon & Co.*, na Inglaterra, em 1897, em que, num primeiro momento, a Corte inglesa desconsiderou a personalidade jurídica da empresa familiar para satisfação dos créditos inadimplidos, pelo argumento da confusão entre as atividades empresariais e pessoais existentes.

Segundo GARCIA, em que pese a decisão citada tenha sido reformada posteriormente, a doutrina compreende que ela é considerada um marco inicial evolutivo, principalmente na América do Norte, sobre a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, pois, após esse julgamento, o ordenamento jurídico inglês editou, em 1929, o *Companies Act* na busca da promoção da proteção contra a fraude na atividade econômica e da responsabilidade pessoal ilimitada dos envolvidos. A promulgação dessa legislação proporcionou um avanço nessa matéria porque o exemplo legislativo se espalhou

⁴GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista dos Tribunais**. vol.846/2006. p. 11-29. Abr.2006, p.02.

⁵ Ibidem, p.02.

principalmente para os EUA, mas também para países europeus como Portugal, Itália, França, no sentido de reformar movimentos menores já existentes nesses ordenamentos.

Nos EUA, também no início século XX e por forte influência inglesa, foi promulgado, com reconhecimento de em vários estados, o *Uniform Fraudulent Conveyance Act*, que atualmente vige nas jurisdições de Nova York e Maryland, e que consagra mecanismos jurídicos aos credores que se escondem atrás da personalidade da pessoa jurídica para deixar de satisfazer os débitos vencidos⁶.

Destaca-se, dentre esses marcos internacionais⁷, a importância dos estudos da Alemanha na época, principalmente pela tese de doutorado formulada por SERICK⁸, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, em que o autor tratou das hipóteses de abuso de direito ou fraude à lei e da extensão da personalidade jurídica, sendo citada a pesquisa como um documento jurídico bastante importante porque conseguiu sistematizar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e iniciou um marco na criação da teoria alemã que buscava desde lá aproximar a pessoa jurídica do seu membro, de forma a abandonar o princípio da separação existente no país⁹.

Numa perspectiva nacional, a doutrina¹⁰ reconhece a contribuição pioneira formulada pelo doutrinador REQUIÃO¹¹ nos limites da matéria. A partir de 1969, com a publicação da obra *Abuso de Direito e Fraude através da personalidade jurídica*, se desencadeou um movimento jurídico importante, encabeçado, na época, principalmente pelos Tribunais, que

⁶ESTADOS UNIDOS. **Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA)**. Disponível em: <[https://content.next.westlaw.com/9-382-3892?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&__lrTS=20190504063506635&firstPage=true&bhcp=1](https://content.next.westlaw.com/9-382-3892?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&__lrTS=20190504063506635&firstPage=true&bhcp=1)> Acesso em: 02 de julho de 2019.

⁷Outros exemplos apresentados são: As secções 31 e 332 do Companies Act de 1948, presente no ordenamento jurídico da Grã-Bretanha, que previam, respectivamente, a responsabilidade solidária dos sócios frente aos credores e o reconhecimento da responsabilidade civil ilimitada de todas as pessoas que conscientemente participaram de negócios fraudulentos através do véu da pessoa jurídica; e o art. 10 e 99, da Lei 67-563, da França, que permitia a extensão dos efeitos da falência ao patrimônio pessoa do dirigente, de direito ou de fato, da pessoa jurídica falida em questão, como também estabeleceu a presunção relativa de culpa do dirigente social nos casos de insuficiência do ativo da sociedade falida ou em concordata. (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista dos Tribunais**. vol.846/2006. p. 11-29. Abr.2006, p.02.)

⁸Tese publicada em SERICK, Rolf. **Forma e realtà dela persona guiridica**. Milano: Giuffrè, 1966.

⁹DA SILVA, Joseane Suzart Lopes. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e a efetiva proteção dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 113/2017. p.213-248. Set.out.2017, p. 03

¹⁰DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**. vol.262/2016. p.61-85. Dez.2016, p. 01.

¹¹REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Disponível em: <<https://direitocomercialmack.wordpress.com/2009/11/02/texto-abuso-de-direito-e-fraude-atraves-da-personalidade-juridica/>> Acesso em: 02 de julho de 2019.

buscava o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que inexistente a sua previsão expressa, nos casos em que se constatavam abusos perpetrados por parte dos seus membros que, por se esconderam sob o manto da personalidade da pessoa jurídica autônoma, ocasionavam prejuízos aos terceiros de boa-fé¹².

Como dito anteriormente, o sistema jurídico brasileiro, por meio do seu Poder Legislativo, optou de forma clara, desde o Código Civil de 1916, no seu artigo 20¹³, por tornar autônomas as personalidades da pessoa jurídica e as dos seus membros, que são as pessoas naturais que a compõe e a representam. Essa consideração é sublinhada para justificar a desnecessidade de se abordar de forma mais profunda a análise das Teorias Jurídicas¹⁴ que se destinam há muito tempo a explicar a real natureza da personalidade jurídica do ente moral, uma vez que embora não se desconheça os intensos debates existentes nesse cenário, o país adotou expressamente a Teoria da Realidade Técnica¹⁵ já no início do século XX¹⁶.

Assim, considerando a Teoria adotada pelo legislador, que separou as personalidades dos membros daquela própria instituída com o nascimento da pessoa jurídica desde 1916, a discussão existente no âmbito jurídico, daquela época até a promulgação do CDC em 1990, era destinada a formulação de teses jurídicas que justificassem a existência e a validade dessa desconsideração da personalidade jurídica que, como já visto, não era previsto nas leis e nas codificações existentes.

Contudo, nesse período, muito embora inexistente a previsão legal expressa da desconsideração, os Tribunais brasileiros reconheciam a sua validade nos casos em que comprovado o abuso nas relações jurídicas por meio do princípio da analogia da regra existente no art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a

¹²MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

¹³Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.

¹⁴Sobre as Teorias Jurídicas existentes sobre o tema, no âmbito do Direito Privado, a partir da perspectiva do ordenamento jurídico alemão, francês, italiano, português e, também brasileiro, Cf. DE OLIVEIRA, J. Lemartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹⁵Conforme MARQUES, (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1202-1203)

¹⁶Ressalta-se que embora o art. 20 do Código Civil de 1916 não tenha sido recepcionado de forma expressa no Código Civil de 2002, a Teoria da Realidade Técnica está presente no art. 45, do mesmo diploma legal.

obrigações tributárias resultantes de atos praticados com “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”¹⁷.

Isto porque os doutrinadores e, na seara prática, os julgadores buscavam tutelar os princípios basilares das relações jurídicas, e não somente o princípio da autonomia das personalidades, de modo que se reconhecia a existência, a validade e eficácia da desconsideração da personalidade jurídica no campo teórico e prático.

Nesse sentido, GARCIA¹⁸ menciona como exemplo o julgamento proferido na Apelação Cível nº 9.247, pela 02ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo em 11 de abril de 1955. Nessa decisão, ficou clara a posição da Corte na época, no sentido de que a análise do princípio da autonomia nos casos de abuso não deve ser um tabu, de modo a travar a atuação estatal que almeja a perfeita e boa justiça.

Como também já foi sinalizado em linhas anteriores, esse período de intensa necessidade de justificção para a aplicação da desconsideração foi superado pela introdução da Lei 8.078/1990, que contempla a primeira previsão legal expressa da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, no seu artigo 28, *caput*, e § 5º.

Com efeito, além desse dispositivo que estabelece uma série de critérios, pode-se verificar que, posteriormente, outros tantos também vieram a reconhecer essa Teoria que, atualmente, é objeto de regulamentação do direito material e processual. Como exemplos, ordenados de forma cronológica, tem-se: 1) o art. 18, da Lei 8.884/94, atualmente revogada e que tratava sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; 2) o art. 4º, da Lei 9.605/98, vigente e que regulamenta a matéria ambiental; 3) art. 50 do Código Civil de 2002, vigente e que determina os critérios para a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das reações puramente civis; 4) o art. 34 da Lei 12.529/2011, vigente e que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 5) art. 14 da Lei 12.846/2013, também vigente e que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira; e, por fim, 6) o Código de Processo Civil de 2015 que buscou regulamentar os aspectos processuais da

¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. vol.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.236-237.

¹⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista dos Tribunais**. vol.846/2006. p. 11-29. Abr.2006, p.02.

matéria por meio da criação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto nos art. 133 e seguintes do diploma .

Depreende-se dos conteúdos previstos nos diplomas mencionados que os critérios estabelecidos para o reconhecimento e a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica são próprios de cada matéria. Por essa razão, e também por ser objeto central de estudo desse artigo as relações jurídicas de consumo e a desconconsideração da personalidade jurídica, observa-se com maior atenção as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil de 2002 e na regulamentação processual prevista no Código de Processo Civil de 2015, a partir desse momento.

Como efeito, da análise a seguir dos dois diplomas legais de ordem material é possível compreender como o legislador e a doutrina compreendem os critérios para desconconsideração da personalidade jurídica nas relações puramente civis e consumeristas.

Com base na leitura das previsões expressas do art. 50 do Código Civil e do art. 28, do CDC, entende-se que as matérias de Direito Civil e de Direito do Consumidor estabelecem critérios diferentes para o reconhecimento da citada desconconsideração, o que obriga a doutrina a sistematizar essas divergências, principalmente quando se trata do assunto da desconconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo.

Porém, antes de adentrar nos conceitos de cada espécie, importante mencionar a contribuição proposta por COELHO¹⁹ acerca do panorama atual existente no ordenamento jurídico sobre a desconconsideração da personalidade jurídica:

A teoria da desconconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, por meio da coibição do mau uso de seus fundamentos. Assim, a pessoa jurídica desconconsiderada não é extinta, liquidada ou dissolvida pela desconconsideração; não é, igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente.

Realizadas essas considerações e com base no atual estudo da matéria, estabelece-se que, via de regra, a desconconsideração da personalidade jurídica é uma exceção, e não uma regra passível de utilização corriqueira, em razão do respeito ao princípio da autonomia previsto no ordenamento jurídico. Ou seja, a medida excepcional da desconconsideração da

¹⁹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 555-556.

personalidade jurídica, via de regra, somente deve ser adotada quando existente a comprovação do abuso ou fraude por parte dos membros que a compõe.

Dessa maneira, caso haja o mau uso dos seus fundamentos do ente moral, a desconsideração será reconhecida, desde que comprovado o atendimento dos critérios legais na esfera processual. Esses critérios destacados são agrupados a partir de uma classificação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica que se desmembra em Maior e Menor. Essa divisão, proposta pela doutrina para fins de sistematização do conteúdo, é frequentemente utilizada na fundamentação das decisões jurisprudenciais, como se constatará na análise jurisprudencial estabelecida nesse artigo.

Na seara do direito material, tem-se que a Teoria Maior, conforme COELHO²⁰ e PASQUAL²¹, estipula que a desconsideração da personalidade jurídica somente será reconhecida quando comprovado o abuso ou fraude na relação, conforme previsão do art. 50 do CC/2002 e no art. 28, *caput*, do CDC; enquanto a Menor, consagra basicamente a ideia de que basta a demonstração pelo credor de que a sociedade não possui bens para satisfazer o adimplemento desejado, como ocorre na previsão expressa do art. 28, §5, do CDC.

Portanto, com base na classificação doutrinária apresentada, compreende-se que nas relações puramente civis e, em certa medida, nas relações jurídicas de consumo, a desconsideração da personalidade jurídica exige a comprovação de abuso ou fraude, pois se adota a Teoria Maior. Todavia, ressalta-se que nas relações consumeristas, que são pautadas pelo princípio norteador da vulnerabilidade do consumidor, o mero inadimplemento da obrigação do fornecedor, sem a necessidade da presença dos demais critérios estabelecidos no *caput* do mesmo dispositivo, será capaz de direcionar a execução da obrigação para os membros que compõe o ente moral.

Como menciona MIRAGEM²², a redação do parágrafo quinto acabou por transformar a exceção em regra na busca pela preservação do vulnerável. Nesse mesmo sentido, concorda PASQUAL²³ ao revelar que o parágrafo quinto se tornou uma cláusula

²⁰COELHO, Fabio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.203.

²¹PASQUAL, Cristina Stringari. O incidente da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica nas relações de consumo. In: SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil**; estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS. 1.ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018, p. 171

²²MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.340

²³PASQUAL, Cristina Stringari. O incidente da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica nas relações de consumo. In: SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ,

geral capaz de abranger todas as hipóteses do *caput* do dispositivo, consagrando-se como norma geral na esfera consumerista.

Quanto à melhor e mais compatível interpretação do dispositivo, além da posição de MIRAGEM²⁴, PASQUAL²⁵ demonstra a viável coadunação da interpretação do parágrafo quinto como cláusula geral com o microssistema do consumidor ao destacar a posição da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 279273/SP, que compreendeu essa interpretação como um novo capítulo no instituto do levantamento do véu da pessoa jurídica, na medida em que se protege a especialidade da norma e o real fundamento da interpretação na norma na necessidade de uma proteção especial ao vulnerável.

3 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Partindo em direção à perspectiva processual do assunto, inicia-se com a concepção preliminar, proposta por BRUSCHI²⁶, de que a Teoria Maior compreende a desconsideração da personalidade jurídica como uma medida processual fixada pelo juízo que determina a inclusão dos sócios ou dos administradores da pessoa jurídica como parte do polo passivo da ação em análise para que igualmente possam vir responder pelos pleitos requeridos. O autor revela que o instituto é regulamentado pelos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil e pode ser requerido pelo autor na própria petição inicial ou por incidente no curso do processo (em sua qualquer fase).

Todavia, se discute no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação desse incidente nas ações de cunho consumerista, tendo em vista que existem posicionamentos jurídicos contrários acerca dessa inserção, uma vez que, como já visto, a interpretação que se coaduna com o fundamentos do CDC estabelece como regra geral a adoção da Teoria

Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil**; estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS. 1.ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018, p.173.

²⁴ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 637.

²⁵ PASQUAL, Cristina Stringari. O incidente da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica nas relações de consumo. In: SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil**; estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS. 1.ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018, p.173.

²⁶ BRUSCHI, Gilberto. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 91.

Menor para preservação dos fundamentos da lei protecionista, o que modifica por completo o cenário probatório exigido do polo ativo.

Por esse motivo, é importante compreender os principais aspectos desse novo incidente, proposto pelo CPC/2015, para que se possa estabelecer os limites da sua compatibilidade com a Teoria Menor e, por lógica, com a matéria consumerista.

Nesse sentido, tem-se que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) foi instituído com a promulgação do Código de Processo Civil em 2015. Nesse diploma legal, principalmente nos arts.133 até 137, foram estabelecidas normas procedimentais que suprimiram diversas lacunas legislativas que, por diversas vezes, produziam resultados práticos diversos.

No capítulo “Intervenção de Terceiros”, Título III, existente no CPC, está tipificado, portanto, o procedimento denominado de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, que revela a necessidade da realização de um procedimento incidental em que se averigue se os critérios estabelecidos por lei (Teoria Maior) estão de fatos satisfeitos para que seja possível o direcionamento da execução.

Um dos aspectos principais e relevantes para essa pesquisa que circundam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica dizem respeito à sua instauração, que somente poderá ser proposta pela parte autora no início da ação ou, se no curso do processo, pelas partes ou pelo Ministério Público, nas hipóteses do art. 178, do CPC.

Sendo assim, com base nesse dispositivo, artigo 133 do CPC/2015, a parte que deseja a desconsideração da personalidade jurídica deverá provocar e instaurar um procedimento específico, incidente processual, o que enseja o ônus da demonstração de indícios mínimos para constituição do direito do postulante, nos termos do art. 373, do CPC/2015. Nessa linha, em respeito ao contrário e ampla defesa, o demandado deverá, por sua vez, comprovar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do postulante no momento da sua resposta. O incidente será julgado e o ato será considerado uma decisão interlocutória de mérito.

Por meio dessas observações que dizem respeito a uma estrutura básica a ser compreendida sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo código, pode-se compreender que o IDPJ busca regulamentar o curso processual necessário para apuração do conjunto probatório exigido por lei.

Assim, não se tem dúvidas de que o instituto representou um importante marco evolutivo na matéria civil, em que a Teoria Maior é aplicada. Contudo, no âmbito das relações consumeristas, em que se reconhece como norma geral a aplicação da Teoria Menor, é questionável a relevância e compatibilidade desse instituto nessa matéria.

Como se constatou em linhas anteriores, basta a simples demonstração por parte do consumidor de que a sociedade fornecedora está inadimplente com a obrigação imposta para que a desconsideração da personalidade jurídica seja fixada pelo juiz. Contudo a definição desse critério único, com o reconhecimento da Teoria Menor na esfera consumerista, não enseja uma resposta satisfatória sobre a compatibilidade e/ou a necessidade da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, prevista no CPC/2015.

Por essa razão, considerando a manutenção da preservação da tutela especial já estabelecida, decorrente vulnerabilidade presumida dos consumidores, que pode ser reduzida com o reconhecimento desse incidente por força do art. 90 do CDC, que autoriza a aplicação do CPC/2015, indaga-se em que medida pode-se afirmar que o incidente é compatível com as normas do Direito do Consumidor, ainda que não exista uma disciplina própria de direito processual nessa matéria.

A resposta negativa pode ser plenamente justificada, conforme orienta XAVIER²⁷. Para o autor, a questão deve ser analisada sob a ótica do direito material envolvido na lide e não apenas pelo aspecto processual, pois, se assim não for, haverá apenas um único tratamento para todos esses regramentos jurídicos que, pela sua natureza, possuem peculiaridades especiais. Segundo PASQUAL²⁸, as exigências contidas nesse moderno incidente reduzem a tutela consumerista já estabelecida previamente, de maneira que, se exigidas do consumidor, implicaram na flexibilização da vulnerabilidade desse sujeito e, por consequência, na redução da tutela protetiva desse.

Um exemplo claro está contido no art. 133 do CPC/2015, pois se reconhecido e aplicado na esfera do consumidor, exigirá a motivação fundamentada das partes para a instauração do incidente direto ou indireto, o que exige uma postura técnica incompatível com a realidade prática do sujeito tutelado. Ademais a matéria consumerista é reconhecida

²⁷XAVIER, José Tadeu Neves. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**. vol.254/2016. p.151-191. Abr. 2016.

²⁸PASQUAL, Cristina Stringari. O incidente da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica nas relações de consumo. In: SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil**; estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS. 1.ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018

como matéria de ordem de pública e, por essa razão, deve ser provocada de ofício pelos magistrados.

Há, portanto, a necessidade de se ponderar a sobreposição do direito material consumerista, que tutela o consumidor de forma especial diante da sua condição especial e vulnerabilidade, em detrimento da matéria de ordem processual, que embora forneça segurança jurídica e contraditório às partes, também restringe a proteção especial destinada aos sujeitos vulneráveis. Logo, compreende a doutrina que o incidente em questão deve ser afastado dos processos que envolvem o Direito do Consumidor.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Concretizados os aspectos doutrinários que circundam o tema em voga, passa-se à análise da desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica jurisprudencial. Para tanto, primeiramente serão expostas breves linhas sobre o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, para que, sedimentadas as bases interpretativas deste tribunal superior, possa-se analisar se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul está em consonância com os seus preceitos e com o sustentado pela doutrina.

Previamente ao exame dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca do tema da desconsideração da personalidade jurídica, é necessária uma breve introdução ao entendimento já consolidado no Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de possibilitar, a seguir, a construção de uma reflexão mais profunda acerca da aplicação do instituto em estudo no Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça²⁹ possui o posicionamento consolidado no sentido de que o art. 28, §5º, do CDC, que institui a Teoria Menor, possui exegese autônoma, uma vez

²⁹ Nesse sentido: Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria

que a sua aplicação independe dos requisitos elencados no *caput* do mencionado dispositivo legal, tampouco coaduna com a ótica civilista disciplinada no art. 50 do CC/2002 – ambos artigos pertencem à Teoria Maior. Por essa razão, segundo o entendimento do tribunal superior, quando o demandante se trata de consumidor, basta que ele demonstre que a simples existência da pessoa moral seja um obstáculo ao ressarcimento de seus prejuízos para que seja levantado o véu da pessoa jurídica³⁰.

Contudo, ainda na visão do Superior Tribunal de Justiça³¹, a desconsideração da personalidade jurídica com base na Teoria Menor somente compreende os sócios da pessoa

objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos. (DISTRITO FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira turma. Recurso Especial nº 279.273-SP. Relatora: Nancy Andriighi. **Diário de Justiça de 04 de dezembro de 2003**, p. 230)

³⁰ DISTRITO FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira turma. Agravo em Recurso Especial nº 1.291.923. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. **Diário de Justiça Eletrônico de 20 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Inicio>> Acesso em: 02.07.2019.

³¹ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ROMPIMENTO CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS DA EMPRESA EXECUTADA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, II, DO NCPC. NÃO CONFIGURADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. ART. 28, § 5.º, DO CDC (TEORIA MENOR) QUE NÃO EXIGE A PRÁTICA DE ATOS FRAUDULENTOS, MAS NÃO POSSUI A HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR. ART. 50 DO CC (TEORIA MAIOR) QUE PERMITE A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR NÃO-SÓCIO, MAS EXIGE QUE AS OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS TENHAM SIDO REALIZADAS COM EXCESSO DE PODER OU DESVIO DO OBJETO SOCIAL. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NÃO INDICOU NENHUMA PRÁTICA DE ATO IRREGULAR OU FRAUDULENTO PELO ADMINISTRADOR NÃO-SÓCIO. RESPONSABILIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 3. Esta Corte já consolidou o entendimento de que nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, adota-se a teoria maior, segundo a qual a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que permite sejam atingidos os bens das pessoas naturais (sócios ou administradores), de modo a responsabilizá-las pelos prejuízos que, em fraude ou abuso, causaram a terceiros, nos termos do art. 50 do CC. 4. É possível atribuir responsabilidade ao administrador não-sócio, por expressa previsão legal. Contudo, tal responsabilização decorre de atos praticados pelo administrador em relação as obrigações contraídas com excesso de poder ou desvio do objeto social. 5. A responsabilidade dos administradores, nestas hipóteses, é subjetiva, e depende da prática do ato abusivo ou fraudulento. No caso dos autos, não foi consignada nenhuma prática de ato irregular ou fraudulento do administrador. 6. O art. 50 do CC, que adota a teoria maior e permite a responsabilização do administrador não-sócio, não pode ser analisado em conjunto com o parágrafo 5º do art. 28 do CDC, que adota a teoria menor, pois este exclui a necessidade de preenchimento dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC permitindo a

moral, não atingindo seus administradores não-sócios com base nesse entendimento. Isto ocorre porque existe, sim, a possibilidade de que o administrador não-sócio responda com seu patrimônio, nos termos do art. 50 do CC/02, que integra a Teoria Maior. Porém, por se tratar o dispositivo civilista de norma mais cautelosa – em comparação com a Teoria Menor do CDC –, ele requer a demonstração de que os prejuízos causados por meio da pessoa jurídica tenham sido efetivados mediante abuso de direito ou fraude aos credores. Assim, levando-se em consideração que o CDC não possui responsabilização expressa do administrador não-sócio, somente se atendidos os requisitos do CC/02 que poderá ocorrer a desconsideração em detrimento dele.

Delineados alguns aspectos relevantes encontrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, passa-se a compulsar alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Um primeiro aspecto que merece relevância na jurisprudência do tribunal regional é sua consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à forma de aplicação da Teoria Menor³², especialmente quando frisa que, para a incidência do art. 28, §5º, do CDC, não há a necessidade de prova de desvio de finalidade e confusão patrimonial, demandando-se apenas a demonstração de que a personalidade da pessoa jurídica é um obstáculo à restituição dos danos causados ao consumidor³³.

Outra importante perspectiva encontrada na jurisprudência rio-grandense tange à (des)necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica quando da adoção da Teoria Menor, constante no art. 28, §5º, do CDC.

desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, pelo simples inadimplemento ou pela ausência de bens suficientes para a satisfação do débito. Microssistemas independentes. 7. As premissas adotadas pelo Tribunal de origem não indicaram nenhuma prática de ato irregular ou fraudulento pelo administrador não-sócio. 8. Assim, não havendo previsão expressa no código consumerista quanto à possibilidade de se atingir os bens do administrador não-sócio, pelo simples inadimplemento da pessoa jurídica (ausência de bens) ou mesmo pela baixa registral da empresa executada, é forçoso reconhecer a impossibilidade de atribuição dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica ao administrador não-sócio. 9. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. DISTRITO FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira turma. Recurso Especial nº 1.658.648-SP. Relator: Moura Ribeiro. **Diário de Justiça Eletrônico de 20 de novembro de 2017**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>> Acesso em: 02.07.2019.

³²Lembra-se que, como já aduzido, há na doutrina uma crítica sobre a aplicação demasiada do §5º do art. 28 do CDC, considerando que ele faz com que a exceção – despersonalização da pessoa jurídica – se torne regra. MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

³³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Décima Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70078913548. Relatora: Liege Puricelli Pires. **Diário de Justiça Eletrônico de 28 de novembro de 2018**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 02.07.2019.

Como anteriormente explanado no tópico 3, há na doutrina um debate acerca da necessidade ou não da adoção do IDPJ na seara consumerista. Não obstante às ponderações acadêmicas, a corte estadual gaúcha vem se posicionando no sentido de que, a partir da edição dos arts. 133 a 137 do CPC/2015, é imprescindível a instauração de incidente específico para que a lide possa ser direcionada aos sócios da empresa³⁴. Destarte, não basta que o consumidor apresente em juízo a simples alegação de estar sob o manto de proteção consumerista; exige-se que sejam atendidos os requisitos formais do CPC/2015³⁵. O principal argumento exarado nos julgados é, em suma, que independente da teoria a ser adotada, o CPC/2015 exige o IDPJ como procedimento formal para a desconsideração da personalidade jurídica³⁶. Cabe salientar que o Superior Tribunal de Justiça ainda não possui, até o momento, algum julgado sobre o tema.

Apresentadas algumas importantes decisões acerca do tema, passa-se ao estudo da compatibilidade de posicionamentos entre a doutrina e a jurisprudência.

Analisando a jurisprudência acima colacionada é possível vislumbrar que, a partir de uma ótica protecionista, calcada no aspecto da vulnerabilidade do consumidor, aplica-se o instituto de desconsideração da personalidade jurídica sempre que a existência da pessoa moral dificultar o ressarcimento de danos causados aos consumidores, na forma do art. 28,

³⁴Veja-se, por exemplo: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE. NECESSIDADE. O ex-sócio, ainda que por cessão dos direitos sociais, responde solidariamente perante, pelas obrigações que tinha quando integrava a sociedade, nos termos do art. 1.003 do Código Civil. A desconsideração da personalidade jurídica, (disregard of legal entity) é medida aplicável pela Teoria Maior em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (art. 50 do CC), ou pela Teoria Menor diante do inadimplemento e falta de bens para responder por obrigações perante o consumidor (art. 28 do CDC). Na técnica do CPC/15 trata-se de incidente com procedimento formal (art. 133 a art. 137). - Circunstância dos autos em que se trata de ex-sócio, mas a responsabilização requisita a instauração de incidente próprio. RECURSO PROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Décima Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70080353782. Relator: João Moreno Pomar. **Diário de Justiça Eletrônico de 01 de março de 2019**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 02.07.2019.

³⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Décima Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70079303582. Relator: Voltaire de Lima Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico de 28 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 02.07.2019.

³⁶É idêntico o entendimento nas Turmas Recursais do Tribunal de Justiça gaúcho. Veja-se: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71008098626. Relator: Roberto Carvalho Fraga. **Diário de Justiça Eletrônico de 01 de março de 2019**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 02.07.2019; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71007551211. Relator: Cleber Augusto Tonial. **Diário de Justiça Eletrônico de 27 de abril de 2018**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 02.07.2019.

§5º, do CDC. PASQUAL³⁷, na mesma senda, sustenta que tal instrumento legal contribui para que os consumidores possam ter confiança no mercado, de forma a conceder a eles uma garantia de que, caso o fornecedor cesse o cumprimento de seus deveres e evidencie a sua insolvência, o patrimônio dos sócios poderá ser utilizado como forma de ressarcir os danos causados.

Tal posicionamento, todavia, não está isento de críticas, pois alguns doutrinadores sustentam que, da forma como disposto e aplicado o mencionado dispositivo legal, alça-se a exceção à regra³⁸.

No que tange ao segundo problema apresentado pela jurisprudência, ou seja, a questão procedimental que envolve o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, é imperioso lembrar que, até o presente momento, o Superior Tribunal de Justiça ainda não se posicionou a respeito do tema, até mesmo em razão de que o incidente passou a ser previsto legalmente somente a partir do CPC/2015. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como exposto, vem entendendo que há a necessidade de instauração de procedimento próprio para que seja descon siderada a personalidade da pessoa jurídica, uma vez que há a previsão do incidente nos arts. 133 até 137 do CPC/2015. Este posicionamento é passível de ser localizado na doutrina, que ainda traz como argumento que o regramento básico legislado confere, ao sistema jurídico, maior respeitabilidade ao devido processo legal, o que gera, por conseguinte, maior segurança e previsibilidade, de modo a ensejar elevação na geração de renda, empregos, recolhimento de tributos e investimentos³⁹.

De outra banda, parcela da doutrina sustenta que não há a necessidade de instauração de incidente próprio, considerando que a proteção consumerista é matéria de ordem pública e que o mero inadimplemento já é apto para que seja aplicada a descon sideração da personalidade da pessoa jurídica, motivo pelo qual é ilógica a necessidade da criação do procedimento legal⁴⁰. Outrossim, deve prevalecer no caso em tela o sistema de proteção do

³⁷PASQUAL, Cristina Stringari. O incidente da descon sideração da personalidade da pessoa jurídica nas relações de consumo. In: SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil**; estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018, v. 1, p. 171-172.

³⁸MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

³⁹HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Questões controvertidas sobre o “incidente” de descon sideração da personalidade da pessoa jurídica no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.44, n.289, p. 82, mar. 2019.

⁴⁰PASQUAL, Cristina Stringari. O incidente da descon sideração da personalidade da pessoa jurídica nas relações de consumo. In: SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ,

direito material, a fim de que o instrumento processual não obste ou esvazie o âmbito de proteção material consumerista⁴¹

5. CONCLUSÃO

Em que pese seja o incidente de desconsideração da personalidade jurídica um instrumento processual inovador, pois representa a regulamentação de um procedimento que concede ao réu todas as garantias processuais para a sua defesa, percebe-se que, em se tratando da matéria do Direito do Consumidor, esse incidente não se mostra compatível com o direito material da espécie.

Isto porque, as diretrizes basilares do Código de Defesa do Consumidor, que possui como princípio-norteador a vulnerabilidade, orientam a interpretação do art. 28, § 5º, do Código Consumerista como uma normativa geral e não de exceção. Por essa razão, a simples demonstração, por parte do credor, da inadimplência do fornecedor frente a sua obrigação autoriza a aplicação da medida legal da desconsideração da personalidade jurídica desse, inclusive de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, o que não está previsto nas disposições processuais de ordem puramente civil.

Portanto, estabelece-se a conclusão de que o reconhecimento e a aplicação do incidente (IDPJ) nos processos envolvendo relação jurídica de consumo, por certo, reduzem a eficácia da tutela especial destinada aos sujeitos consumidores, o que enseja uma redução na tutela do consumidor.

No tocante às decisões jurisprudenciais apresentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, constatou que a Corte Estadual de Justiça, por diversas vezes, exige a instauração do incidente, mesmo nas demandas em que envolvem direitos consumeristas, o que, como visto, representa afetação aos direitos dos consumidores.

Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil**; estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018, v. 1, p. 176-180.

⁴¹XAVIER, José Tadeu Neves. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 160, abr. 2016.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.884 de 94.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm> . Acesso em: 02 de jul. 2019.

_____. **Lei 9.605 de 98.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> . Acesso em: 02 de julho de 2019.

_____. **Lei 12.529 de 2011.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

_____. **Lei 12.846 de 2013.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> . Acesso em: 02 de julho de 2019.

_____. **Código Civil de 1916.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

_____. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> . Acesso em: 02 de julho de 2019.

_____. **Código de Defesa do Consumidor de 1990.** Disponível em: Acesso em: 02 de julho de 2019.

_____. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: Acesso em 02 de julho de 2019.

BRUSCHI, Gilberto. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral.** vol. I. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo.** vol.262/2016. p.61-85. Dez.2016

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e a efetiva proteção dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 113/2017. p.213-248. Set.out.2017

DE OLIVEIRA, J. Lemartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

ESTADOS UNIDOS. **Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA)**. Disponível em: < [https://content.next.westlaw.com/9-382-3892?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&__lrTS=20190504063506635&firstPage=true&bhcp=1](https://content.next.westlaw.com/9-382-3892?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&__lrTS=20190504063506635&firstPage=true&bhcp=1)> Acesso em: 02 de julho de 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista dos Tribunais**. vol.846/2006. p. 11-29. Abr.2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. vol.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Questões controvertidas sobre o “incidente” de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. v.44, n. 289 , p. 82, mar. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Disponível em: < <https://direitocomercialmack.wordpress.com/2009/11/02/texto-abuso-de-direito-e-fraude-atraves-da-personalidade-juridica/>> Acesso em: 02 de julho de 2019.

SEVERO, Alvaro Paranhos; POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Direito Privado e Processo Civil: estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS**. 1.ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018.

XAVIER, José Tadeu Neves. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**. vol.254/2016. p.151-191. Abr. 2016.

DIREITO DE ESCOLHA E REVEZAMENTO DA LICENÇA MATERNIDADE E A NECESSIDADE DA ADEQUAÇÃO EM RAZÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Kelli Menin¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo provocar a reflexão acerca do modelo atual e ideal de licença maternidade no Brasil. Após o estudo da evolução histórica do instituto e da análise de precedentes judiciais que buscam adequar o instituto à realidade das famílias brasileiras, apresentar-se-á uma sugestão de adequação para o melhor aproveitamento da licença, visando resultados positivos para o indivíduo, para a família e para toda a sociedade. Objetiva fortalecer os vínculos familiares para que a sociedade goze desses resultados. Busca permitir o direito de escolha familiar sobre o período e sobre a pessoa que vai gozar a licença maternidade, considerando a possibilidade e o desejo da mãe, do pai, a realidade atual da família, bem como os princípios da igualdade e do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Licença maternidade; licença paternidade; adequação social.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O instituto da licença maternidade foi previsto, pela primeira vez, na CF/88. Até o ano citado, as mulheres deveriam optar por trabalhar fora de casa e investir em uma carreira ou se cuidariam de seus filhos.

Ocorre que, com o passar do tempo, as famílias observaram a possibilidade da ocorrência de ambos, visto que carreira e família têm grande importância na vida de todas as pessoas, independentemente do sexo ou opção sexual. A crise econômica mundial também colaborou para que as mulheres trabalhassem fora, a fim de contribuir com o orçamento da família.

Dessa forma, a licença maternidade foi de suma importância para que as mulheres pudessem criar os filhos e dar continuidade à sua atividade laboral.

Contudo, o tempo passou e a jurisprudência teve de adaptar-se às variações evolutivas da sociedade, como definir parâmetros para a licença maternidade nos institutos da adoção, da família monoparental, poliafetiva, homoafetiva, e em caso de morte da mãe.

¹ Pós-Graduada em Benefícios e Prática Previdenciária pelo Verbo Jurídico. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada convidada da Comissão de Direito Previdenciário e Comissão Estadual da Mulher da OAB/RS /RS. E-mail: kelli.menin@gmail.com

A proposta deste trabalho é fazer com que o instituto da licença maternidade auxilie na busca do equilíbrio entre homens e mulheres na sociedade e oferecer aos homens a oportunidade de participarem de forma mais ativa na criação de seus filhos, melhorando, assim, a qualidade de vida da família. Nesse sentido acredita-se que, com a flexibilização da licença maternidade, os laços familiares tornar-se-iam mais fortes, prevenindo diversas situações indesejáveis.

O trabalho abordará situações específicas nas quais o cenário ideal, seria aquele no qual a família tenha a possibilidade de escolher quem e de que forma irá gozar da licença maternidade, de acordo com o princípio da igualdade e do melhor interesse da criança, tudo em conformidade com o que será explanado no corpo do artigo.

No primeiro capítulo, a evolução histórica das licenças maternidade e paternidade no Brasil será descrita. Em um segundo momento, as flexibilizações existentes serão analisadas e novas possibilidades de aplicação serão exploradas.

No último capítulo, será fundamentada a necessidade de adequação da licença maternidade para que todos os casais, independentemente de sua orientação sexual, tenham a possibilidade de escolher e administrar a licença-maternidade de acordo com o princípio da igualdade e do melhor interesse da criança.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE NO BRASIL

1.1 licença maternidade

A licença maternidade passou a existir na Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, respectivamente nos incisos XVIII e XIX, com prazo de 120 dias. Pode ser observada a natureza híbrida da licença, uma vez que a concessão da mesma é praticada pelo empregador, contudo, o salário-maternidade, limitado ao teto, é pago pelo INSS.

Até a citada previsão da Constituição de 1988, as mulheres deveriam escolher se trabalhariam fora de casa e investiriam em uma carreira ou se cuidariam de seus filhos.

Ocorre que, com o passar do tempo, as famílias observaram a possibilidade da ocorrência de ambos, visto que carreira e família têm grande importância na vida de todas as pessoas, independentemente do sexo ou opção sexual. A crise econômica mundial também

colaborou para que as mulheres trabalhassem fora, a fim de contribuir com o orçamento da família.

Dessa forma, a licença maternidade foi de suma importância para que as mulheres pudessem criar os filhos e dar continuidade a sua atividade laboral.

As relações conjugais também se modificaram com o decorrer do tempo, e além da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, do relacionamento entre homens ou entre mulheres, há ainda situações em que a morte, doença ou abandono da mãe faz com que a criação do rebento ocorra apenas pelo pai, e nessas situações a licença maternidade ou a licença paternidade precisa ser adequada de acordo com o princípio da igualdade e melhor interesse da criança, em uma situação mais favorável à família.

Na Constituição Federal de 1988, a licença gestante, concedida à mãe trabalhadora, urbana e rural, foi ampliada de 84 para 120 (cento e vinte) dias, conforme assegura o artigo 7º, segundo o qual: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (BRASIL, 1988). Seguindo na mesma linha, foram assegurados os mesmos direitos à categoria das trabalhadoras domésticas, em conformidade com o que dispõe o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal. Por fim, as servidoras públicas igualmente coadunam do direito ao gozo da licença, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 39 da própria Constituição citada acima.

No que diz respeito à licença maternidade nos casos de adoção, inicialmente houve diferenciação de prazos conforme a idade, o que se revela uma afronta ao próprio princípio da igualdade trazido na Constituição. A Lei 10.421/2002 acrescentou o artigo 392-A à CLT e estendeu a licença-maternidade à mãe adotiva estabelecendo o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a adoção de uma criança de até um ano de idade, 60 (sessenta) dias, de um a quatro anos, e 30 (trinta) dias, de quatro a oito anos de idade.

Contudo, o critério utilizado pelo legislador em razão da idade da criança foi rechaçado pela doutrina, o que resultou na revogação do mencionado artigo, o que ocorreu com a Lei 12.010/2009 em 02/11/2009 ao passo que a mesma legislação estabeleceu um novo período de gozo da licença que passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança. Desse modo, observa-se um consenso doutrinário no que se refere à necessidade da presença parental na fase da formação do vínculo afetivo

com a criança, pois nessa fase ocorre a construção do caráter e o vínculo é extremamente importante para que o futuro da família seja harmônico.

Encerrando a definição atual da licença, poderá ter início, em regra, até 28 (vinte e oito) dias antes do parto e se encerrar até 91 (noventa e um) dias após o parto. O dia do parto, não está contabilizado, por isso soma-se 119 dias de licença mais o dia do nascimento do rebento, fulcro no Decreto 3.048 de 1.999.

1.2 Licença paternidade

Trata-se de um direito trabalhista devido aos empregados urbanos, rurais, domésticos, servidores públicos e militares, assegurado constitucionalmente no inciso XIX e no parágrafo único do artigo 7º, parágrafo 3º do artigo 39 e parágrafo 11 do artigo 42. A previsão no que toca o trabalhador avulso encontra-se no artigo 7º, XXXIV da Constituição Brasileira.

Nesse sentido, a licença paternidade teve previsão constitucional, conforme supramencionado, ocorre que sua efetivação dependia de lei posterior que definisse seus parâmetros.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, no artigo 473, trouxe a possibilidade de o empregado deixar de comparecer ao serviço por um dia, em razão do nascimento do filho, para que os pais tivessem a disponibilidade de efetuar registro do recém-nascido, ou seja, não havia nenhuma preocupação com a convivência do pai e da criança.

Importante lembrar que o dispositivo legal possibilitava somente ao pai o cumprimento da obrigação prevista no Código Civil, da inscrição do nascimento em registro público.

Dessa forma, muito bem referida à importância dos pais após o nascimento da criança, conforme citação abaixo:

Proporcionar condições mais concretas de proteção da criança pelo pai; incentivar uma proximidade qualificada do homem com a mulher e do pai com o filho; propiciar a possibilidade de revisão do papel tradicionalmente reservado ao homem, impondo-se a repartição entre os cônjuges das responsabilidades familiares. (FIGUEIREDO, 1994, p. 146 apud SALIBA, 2014, p. 5).²

² SALIBA, Graciane Rafisa. (Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. Mai. 2014. Disponível em: <<http://gracianesaliba.com.br/index.php/pubs/re-pensando-a-finalidade-e-efetividade-da-licenca-aternidade-e-da-licenca-paternidade-diante-das-relacoes-afetivas-contemporaneas>> Acesso em 22 jan. 2019.

O período foi alterado, mas a norma não estabelece expressamente se o prazo para usufruir a licença inicia-se após o nascimento ou não. Contudo, o ideal é que o empregado possa concretizar a finalidade da licença e consiga compartilhar os primeiros dias de vida do rebento com a família.

Ainda, a previsão disposta no inciso XIX da Constituição Federal não estabeleceu o período a ser concedido a esse título, sendo que deveria ter sido fixado por lei posterior, o que ainda não aconteceu. Ressalta-se que a definição de 5 (cinco) dias foi determinada com o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), concomitante à previsão da Constituição de 1988 com a finalidade de atender provisoriamente a demanda.

Desta feita, o artigo 10, §1º, suscitou um novo prazo de licença paternidade, de 5 (cinco) dias, segundo o qual: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição [...] §1º: Até que a lei venha a disciplinar o disposto no artigo 7º XIX, da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. (BRASIL, 1988).

Comparando com a previsão existente no Regime Próprio, os servidores públicos federais estão calçados pela Lei Federal 8.112/90, a qual estabelece em seu artigo 208 que, pelo nascimento do filho ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Assim, no que se refere à diferença observada nas previsões legais citadas acima entre a Consolidação das Leis Trabalhistas e a trazida nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, observa-se a coerência para que seja utilizada a norma mais favorável, até o advento da norma regulamentadora em conformidade com o que foi enunciado no artigo 7º, XIX da Constituição Brasileira de 1988.

Considerando o histórico cultural arraigado no país, surpreendeu a alteração do prazo da licença paternidade, contudo, a realidade demonstra outras necessidades nos dias atuais, como bem referido, coadunando com o objeto deste artigo ao referir: “a presença do pai ao lado da companheira nos primeiros dias da nova vida trazida a luz era essencial à unidade familiar.” (FIGUEIREDO, 1994, p. 146, apud SALIBA, 2014, p. 6).³

³ SALIBA, Graciane Rafisa. (Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. Mai. 2014. Disponível em: <<http://gracianesaliba.com.br/index.php/pubs/re-pensando-a-inalidade-e-efetividade-da-licenca-maternidade-e-da-licenca-paternidade-diante-das-relacoes-afetivas-contemporaneas>> Acesso em 22 jan. 2019.

Por fim, importante referir que, com relação aos dias gozados em licença, pacificado o entendimento de que se trata de interrupção do contrato de trabalho, sem prejuízo da remuneração do trabalhador, computando-se o período de afastamento como efetivo, para todos os fins de direito.

A licença paternidade pode ser definida como um direito social, indisponível e irrenunciável, incluindo os trabalhadores urbanos e rurais, domésticos e avulsos.

No dia 12 de abril de 2013, a Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, aprovou uma lei absolutamente inédita, porém, aparentemente contendo um histórico machismo, uma vez que de plano aprovou, para o pai que cuidará de seu filho, prazo maior do que é considerado suficiente para a mãe que gestou, pariu e amamenta a criança:

A Assembleia Legislativa do Amazonas (ALEAM) aprovou um projeto de licença-paternidade de 180 dias, na manhã dessa terça-feira (12). De autoria do deputado Vicente Lopes (PMDB), o benefício vale para os casos de falecimento da mãe durante o parto, invalidez permanente ou temporária após o parto, em situações em que ela não possa cuidar do bebê. (PARLAMENTARES..., 2013).⁴

Nesse sentido, a aprovação do projeto de lei referido supra faz com salte aos olhos a diferença socialmente aceita entre homens e mulheres. A mãe, que gestou e pariu, sendo que muitas vezes passa por complicações fisiológicas até o nascimento da criança, lutou muito para que tivesse reconhecido o direito aos 120 dias de licença, ao passo que em caso de ausência da mãe, foi socialmente aceito, na origem, 180 dias de licença, no estado do Maranhão.

Desta feita, insta ressaltar que o luto, em razão do falecimento da esposa deve ser considerado, mas entende-se que para um ideal de igualdade de gênero tivesse sido considerado, seria lógico inserir e somar o prazo da licença nojo com a licença maternidade, o que totalizaria 122 dias e não 180, fulcro no artigo 147, I da CLT.

Essa aprovação faz com que se possa concluir sobre a existência, ainda nos dias atuais, de uma dependência da família para com a mulher, que ainda é âncora, resolvendo questões dentro e fora do lar. A questão aqui tratada, ainda se refere ao desequilíbrio existente nas relações familiares, pois nos dias atuais a mulher assume responsabilidades com uma

⁴ PARLAMENTARES aprovam licença-paternidade de 180 dias. 13 mar. 2013. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/amazonas247/96131/ALEAM-aprova-licen%C3%A7a-paternidade-de-180-dias.htm>> Acesso em 28 de jan. 2019.

carreira e não consegue delegar funções para equilibrar a convivência familiar, sendo que este fato se reflete nas concessões de licenças maternidade e paternidade, onde a mulher continua sendo vista como uma “supermulher” capaz de resolver tudo e ainda retornar rapidamente ao trabalho.

A crítica efetuada supra, foi em razão de que o homem parece ser socialmente aceito como um dependente dessa mulher, pois caso ela venha a faltar, é absolutamente aceito que ele precise de 60 dias a mais do que uma mulher para executar, em tese, as mesmas tarefas, considerando, ainda, que ele não vai amamentar e não passou por uma gestação ou parto.

2 DOS ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS PARA CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE

2.1 Dos requisitos para concessão e previsão legal

A concessão do salário-maternidade tem previsão legal nos artigos 71 até 73 da Lei 8.213/91 e nos artigos 93 até 103 do RPS (Decreto 3.048/99). O código de concessão do benefício corresponde ao número 80.

Para ser beneficiária, a mãe precisa ser segurada do Regime Geral da Previdência Social cumprindo os requisitos de carência e fato gerador, que pode ser o parto, o início da guarda, da adoção ou do falecimento do rebento.

Em regra, o benefício não é acumulável com outros, porém, algumas peculiaridades serão citadas a seguir.

O primeiro caso especial observado ocorre quando a segurada aposentada tenha retornado ao trabalho. Por essa razão, fará jus ao salário-maternidade podendo acumulá-lo com a aposentadoria. Tem ocorrência mais comum em casos de adoção.

Outra situação peculiar ocorre quando as seguradas têm atividades concomitantes, momento em que terá direito ao recebimento do benefício das fontes de forma concomitantes em conformidade com o que reza o artigo 207 da IN77/2015. Acerca desse tema, ainda é importante referir que em caso de desligamento de uma das atividades concomitantes, a segurada terá direito de receber o benefício apenas do vínculo ativo conforme artigo 348 da IN77/2015, ainda que o prazo de manutenção da qualidade de segurada não tenha expirado. Por fim, caso a segurada tenha se desligado de todas as atividades concomitantes e ainda no

período de manutenção da qualidade de segurada, o benefício será oriundo do último vínculo empregatício.

O professor Frederico Amado entende que o artigo 348 da IN/77/2015 é ilegal, uma vez que se a segurada está em período de graça, deveria receber o salário-maternidade de ambas as fontes:

Entende-se que nestes dois casos o INSS deverá pagar dois salários-maternidade, se mantida a qualidade de segurado (a), pois durante o período de graça a segurada conservará todos os direitos perante a Previdência Social, conforme determina o artigo 15, §3º, da Lei 8.213/91. (AMADO, 2017, p.853).⁵

A licença maternidade pode ser iniciada até 28 dias antes do parto e se estender até 91 dias após o parto. Contudo, para o INSS, o parto é o fato gerador da licença-maternidade, correspondendo à DIB – data do início do benefício.

Importante observar também, que o salário maternidade pode se elastecer pelo período máximo de 148 dias, desde que a segurada comprove a necessidade com atestados médicos assim recomendando antes e após o parto.

Relativamente ao benefício objeto deste estudo, corre prazo prescricional de 5 (cinco) anos, a partir da data do parto, adoção ou guarda, com fundamento no artigo 354 da IN77/2015, salientando, ainda, que a Lei 8.213 não previu prazo para a solicitação sendo que o requerimento administrativo suspende o prazo prescricional.

2.2 Da impossibilidade de separação de licença e salário maternidade

Dentre as inúmeras reflexões sobre o tema, foi observada a hipótese de separar licença e salário maternidade, uma vez que o objetivo é buscar a melhor adequação para a família. Nesse sentido, quando se considera que muitas mães são autônomas, e não têm a possibilidade de gozar a licença inteira, iniciou-se um “check list” de ideias a fim de tentar equilibrar e encontrar uma solução mais interessante para a família. Na citação abaixo, Frederico Amado explana acerca do conceito da licença-maternidade e acaba com a ideia de separação de licença e salário, pois baliza a licença na incapacidade presumida da mãe em retornar ao trabalho em razão do nascimento do bebê:

⁵ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

O salário-maternidade é um benefício previdenciário devido a todas as seguradas do RGPS, sem exceção, que visa substituir a sua remuneração em razão do nascimento do seu filho ou da adoção de uma criança, pois nesse período é preciso que a mulher volte toda a sua atenção ao infante, sendo presumida legalmente a sua incapacidade temporária de trabalhar. (AMADO, 2017, p.852).⁶

Dessa forma, observa-se que não há que se falar na separação de licença e salário, sendo que o cônjuge que gozar a licença, terá de receber o salário-maternidade e não poderá retornar ao trabalho. Assim, faz ainda mais sentido, a possibilidade de escolha e revezamento da licença quando a mãe for profissional autônoma e contribuinte individual. Isso, por que seus clientes geralmente contratam em razão do vínculo existente que se formou por motivos pessoais ou por características profissionais personalíssimas. Nesse sentido, caso essa profissional se afaste por 4 (quatro) ou 6 (seis) meses para gozar a licença maternidade, a mãe e toda a família podem ter um prejuízo incomensurável, razão pela qual geralmente essas mães autônomas e contribuintes individuais retornam ao trabalho de forma progressiva, a partir da segunda semana após o parto.

Considerando o retorno precoce dessa mãe ao trabalho, pode ser observado que a sociedade e a justiça brasileira aceitam como motivação para que o homem goze a licença, fatos como a morte, a doença ou abandono da mãe, contudo, o fato da mãe querer retornar ao trabalho para que a família não venha a sofrer um grande prejuízo financeiro no futuro, não é considerado um motivo justo para a hipótese ventilada supra.

3. LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE E SUAS VARIAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

3.1 Da licença-maternidade legalmente ampliada

Existem casos em que a licença maternidade pode ser ampliada, como ocorreu com as mães de crianças vítimas de microcefalia. Observa-se o que foi referido pelo Professor Frederico Amado:

Há uma regra especial no artigo 18, §§ 3o e 4o, da Lei 13.301/2016 para o salário-maternidade na gestação de crianças vítimas de microcefalia em decorrência consequência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo

⁶ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

Aedes aegypti. Neste caso, a duração do salário-maternidade será de 180 dias. (AMADO, 2017, p. 855)⁷

A Lei representa uma possibilidade de avanço no que concerne à licença maternidade, na mesma linha desta pesquisa, uma vez que, em razão da doença do recém-nascido, buscou-se adequar a licença ao caso concreto.

3.2 Da licença maternidade em casos de adoção

A evolução histórica da licença maternidade em casos de adoção foi relatada no item 2.1 deste trabalho. Neste momento, o intuito é destacar o gigantesco avanço legal que acabou passando despercebidamente, até mesmo em razão de que o ocorrido parece estar fundamentado na real inexistência de outra alternativa ao legislador. Analisa-se o texto trazido pelo Professor Frederico Amado:

Posteriormente, por força da Medida Provisória 619/2013, a redação do artigo 71-A foi alterada, sendo garantido o salário-maternidade na adoção ou na guarda judicial para fins de adoção por 120 dias, independentemente da idade da criança. Em seguida, com a conversão da referida MP na Lei 12.873/2013, foi estendida a concessão do salário-maternidade aos homens segurados da Previdência Social. (AMADO, 2017, p.858)⁸

Assim, é importante destacar que a extensão da concessão do salário maternidade aos homens segurados da Previdência Social foi prevista para os casos em que a mãe falece, abandona o lar ou adoce a ponto de ser incapaz de cuidar do rebento.

Diante desta previsão normativa é absolutamente relevante destacar o que acontece nas adoções por casais homoafetivos, visto que a família pode escolher qual dos dois gozará a licença maternidade. Chega-se, neste momento, ao ponto nevrálgico deste trabalho, uma vez o principal objetivo é justamente que seja reconhecido o direito de escolha e/ou revezamento da licença, de acordo com a conveniência e interesse da família para todas as famílias, independentemente de sua orientação sexual.

Ocorre que, assim como uma luva deve ser adequada ao tamanho e formato de cada mão, a licença maternidade também deveria ser utilizada da melhor forma para cada família.

⁷ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

⁸ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

Dessa forma, o trabalho tem o intuito de oferecer uma modificação na concessão da licença maternidade para que ela esteja adequada à realidade atual de cada família, pois quando a mãe não puder e/ou não quiser se afastar das atividades durante o período da licença, o pai poderá usufruí-la.

Considerando uma projeção da modificação proposta nesta abordagem, destaca-se a possibilidade de diminuir o preconceito sobre a mulher no mercado de trabalho, a redução de doenças nas crianças, o reforço na instituição familiar entre outras situações aqui observadas.

Nesse sentido, a abordagem proposta certamente traria vantagens e benefícios à comunidade de modo geral, isso, por que, colaboraria para o equilíbrio da família. Considerando que a família é célula da sociedade, tornando-se mais sabia e mais afetuosa, terá incontáveis reflexos na sociedade, pois certamente influenciará na saúde de todos e de cada ser individualmente falando, na economia da família e do governo, uma vez que a saúde plena gera pessoas produtivas que, possivelmente, fariam menor ou nenhum uso de recursos públicos.

Dessa forma, até mesmo a segurança pública pode ser atingida, pois, os índices de violência estão relacionados aos traumas da infância, sendo que recebendo mais atenção e melhorando a estrutura familiar pode-se acreditar em reflexos futuros nas cearas citadas. Ainda, é possível despertar nessa nova geração criada com mais atenção, o altruísmo e vontade de ajudar as pessoas e que acabem colaborando com a sociedade em geral.

3.3 Do programa de empresa cidadã - Lei 11.770/2008

Além das formas citadas nos itens anteriores, o programa Empresa Cidadã, criado pela Lei 11.770/2008, trouxe para a sociedade brasileira a possibilidade da extensão da licença maternidade e paternidade.

O programa foi inspirado em Leis estrangeiras, de países desenvolvidos que acreditam no avanço da sociedade por meio do cuidado e do afeto.

O programa pode ser analogicamente comparado ao que se fala muito modernamente em rede colaborativa, uma vez que todos os envolvidos serão beneficiários. Estão envolvidos nesta rede: a União, que oferece o benefício de compensação de crédito tributário para a pessoa jurídica cadastrada; a empresa que aderiu ao programa, cuja

obrigação é custear o prazo excedente da licença para a mãe, sendo ressarcido posteriormente com a compensação em conformidade com o programa e, por último; a mãe, que retornaria ao mercado de trabalho ainda amamentando e com período reduzido em razão da necessidade real e normas da CLT.

Considerando a situação exposta, fica evidente que a rede colaborativa citada é benéfica para todos os envolvidos e para a sociedade em geral, pois como já referido, a infância é determinante para formação do caráter das pessoas adultas e muitos estudos comprovam que crianças que tiveram atenção e afeto são adultas mais altruístas e produtivas. Além disso, a mãe retorna ao trabalho muito mais tranquila, pois o período principal da amamentação foi cumprido e ela pode voltar a reestabelecer suas atividades.

Assim, resumindo os termos da lei, as empregadas das empresas cidadãs têm sua licença-maternidade prorrogada por mais 60 dias após a licença de 120 dias previstos no inciso XVIII, do artigo 7º da Constituição e prorroga por mais 15 dias depois dos 05 da licença paternidade, desde que o empregado solicite a prorrogação até 02 (dois) dias após o parto, podendo totalizar 20 (vinte) dias de licença paternidade. Em contrapartida, a empresa tem benefícios fiscais, tais como a dedução no imposto de renda devido, na forma da legislação específica.

Diferentemente das empresas da iniciativa privada, que têm a faculdade de aderir ou não ao Programa, a lei instituiu obrigatoriedade da aplicação da lei para a Administração Pública.

Algumas categorias profissionais foram conquistando o benefício por meio de Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT).

Entende-se que o programa citado seria o veículo ideal para implementar o direito de escolha e revezamento da licença maternidade considerando os princípios da igualdade e do melhor interesse da criança, tendo em vista seu caráter social e inovador.

3.4 Da licença maternidade derivada

Professor Frederico Amado muito bem denominou a licença maternidade como derivada, quando gozada de forma diferente da originária. O termo utilizado pelo professor traduz muito bem a ideia de que existe uma forma originariamente prevista e que a forma referida é diferente em alguns termos, mas parecida em outros, uma vez que derivou da original.

O artigo 71-B garante que, no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (AMADO, 2017, p.860.)⁹

Considerando a citação transcrita acima, faz-se necessário tecer um questionamento. O Decreto 3.048 aduz que o salário-maternidade será pago para o cônjuge sobrevivente que tenha a qualidade de segurado. Ocorre que se a segurada, beneficiária do salário-maternidade já preencheu os requisitos para o recebimento, por tanto, entende-se possível analogia ao instituto da pensão por morte, uma vez que o recém-nascido é o real beneficiário, dependente e não pode ser prejudicado caso o pai ou companheiro/companheira da mãe não seja segurado do INSS. Nesse sentido, não existe razão lógica para exigir qualidade de segurado ao cônjuge sobrevivente, uma vez que o dependente é o recém-nascido.

3.5. Da ampliação da licença paternidade em caso de filhos gêmeos

Em conformidade com todo o conteúdo deste trabalho, não existe previsão de equiparação da licença paternidade com a licença maternidade, em regra.

Contudo, surpreendentemente, existem pedidos, alguns deferidos, de ampliação da licença paternidade, para 180 dias, nos mesmos moldes da licença maternidade, fundamentados na necessidade da presença paterna em razão de filhos gêmeos. O deferimento dos pedidos de equiparação das licenças maternidade e paternidade foram efetuados por servidores públicos, regidos pelo regime próprio. Segue ementa de precedente judicial do caso telado

Em conformidade com todo o conteúdo deste trabalho, não existe previsão de equiparação da licença paternidade com a licença maternidade, em regra.

Contudo, surpreendentemente, existem pedidos, alguns deferidos, de ampliação da licença paternidade, para 180 dias, nos mesmos moldes da licença maternidade, fundamentados na necessidade da presença paterna em razão de filhos gêmeos. O deferimento dos pedidos de

⁹ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

equiparação das licenças maternidade e paternidade foram efetuados por servidores públicos, regidos pelo regime próprio. Segue ementa de precedente judicial do caso telado:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. NASCIMENTO DE GÊMEOS. CONCESSÃO DA LICENÇA - PATERNIDADE COM A MESMA DURAÇÃO DA LICENÇA - MATERNIDADE. TUTELA DE URGÊNCIA. CONCESSÃO. 1. A Constituição Federal, em seu art. 227, prevê como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à convivência familiar e, em seu art. 229, dispõe que o pai tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. 2. A inexistência de disposição ¹⁰legal expressa a respeito da licença - paternidade em maior número de dias, em caso de filhos gêmeos, não deve impedir o cumprimento do comando constitucional acerca da absoluta prioridade assegurada à criança, principalmente quando patente a necessidade de acompanhamento de mais de uma pessoa para o atendimento adequado das necessidades básicas de recém-nascidos gêmeos. Preponderância dos princípios da dignidade humana e da proteção à infância sobre o princípio da legalidade estrita. 3. Tutela de urgência deferida para conceder licença – paternidade ao agravante no mesmo prazo de duração da licença-maternidade. (Ag 5067525-66.2017.4.04.0000, Rel. Ministro ROGERIO FAVRETO, TERCEIRA TURMA, juntada aos autos em 07/12/2017).

A ementa colacionada supra, sem dúvida, traz entendimento inédito no que se refere ao posicionamento judicial historicamente predominante. Isso, por que não havia, até então, decisões que permitiam ambos os pais gozarem de licença para ficar em casa e cuidar da prole.

Dessa forma, pode-se observar que de fato, o entendimento acerca do tema proposto se apresenta dinâmico e com uma aparente disposição para a adequação social sugerida neste artigo. A decisão citada corrobora a necessidade de mudança para a ocorrência da referida adequação.

3.6 Da licença maternidade para estagio ou faculdade

Outro caso interessante e relacionado ao tema foi o Mandado de Segurança impetrado por aluna na UFRGS que deveria cumprir a cadeira de estagio para se formar. Foi exigido pela Universidade, 75% de frequência, motivo pelo qual demandou judicialmente, obtendo

¹⁰ _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Consulta Processual Unificada. Processos nº 5067525-66.2017.4.04.0000. Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?Orgao=1&numero_gproc=40000321068&versao_gproc=20&crc_gproc=1473cc93>. Acesso em 29 jan. 2019

êxito e recebendo tratamento diferenciado na Universidade, porém, condizente com a licença maternidade, conforme ementa citada:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRATAMENTO EXCEPCIONAL À ESTUDANTE GESTANTE. 1. A Lei nº 6.202/75, art. 1º, caput, assegura que, "a partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei n. 1.044, de 21 de outubro de 1969", e, no seu artigo 2º, parágrafo único, assegura à estudante gestante o direito à prestação dos exames finais. 2. Ainda que o regimento da Instituição apelante seja contrário ao da compensação em regime especial, determinando que "as atividades caracterizadas como Atividades Práticas dos cursos, por sua natureza, não são contempladas no Regime Especial", o estatuto da instituição de ensino não dispõe de força legal superior a Lei nº 6.202/75. Ademais, esta Lei não faz distinção entre disciplinas teóricas e práticas, não podendo qualquer instrumento infra legal dispor de modo diverso. 3. Ainda, sob a luz do princípio da razoabilidade, a medida demonstra ser mais onerosa para a apelada, restringindo o acesso à educação à pessoa que se encontra em condições especiais. (TRF4 5078171-15.2016.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 27/06/2018).

Nesse sentido, o tratamento equiparado ao da licença maternidade para estudantes reforça a necessidade da adequação da licença maternidade para caso em concreto. Supondo acerca da possibilidade de revezamento, e que o marido da estudante fosse empregado ou servidor público, a família poderia entender que por aplicar o revezamento e a estudante poderia terminar o estágio da faculdade, momento importante e único na vida da estudante.

4. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM A ADEQUAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE

A igualdade entre homens e mulheres tem previsão no inciso I, do art. 5º 1, da Constituição Federal de 1988, sendo um dos pilares da Constituição atual além de ser uma das bases sobre as quais se funda o Estado brasileiro. Nesse sentido, o texto constitucional é claro ao limitar as distinções unicamente àquelas previstas no próprio texto constitucional.

Com relação à licença após o nascimento dos filhos, o art. 7º, em seus incisos XVIII e XIX, garante aos trabalhadores, homens e mulheres, o direito à licença quando do nascimento de filhos, ou mesmo, no caso de adoções, à entrada de novo membro no convívio familiar, como meio de possibilitar a adequação do rebento à família, e auxiliar aos pais em momento atribulado de suas vidas.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Além do consolidado princípio da igualdade, a Constituição prevê, ainda, a proteção da infância, no artigo 6º, CF/88, como um Direito Social, bem como a proteção à Família, em conformidade com o que reza o artigo 226 da CF/88, sendo considerada a unidade familiar base do Estado, e atribuindo ao homem e à mulher o exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal em igualdade:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Os princípios constitucionais citados vão ao encontro da exposição efetuada curso deste artigo, que tem como objetivo fundamentar a necessidade de adequação da licença maternidade, fato este que já tem precedentes judiciais conforme exposto.

Dessa forma, pode ser observada a importância de medidas públicas e também da iniciativa privada que permitam o exercício da maternidade/paternidade, sem que haja a discriminação. Pode ser observado que tanto o prazo como as condições diferenciadas levam à discriminação do trabalho feminino, além de privar a criança da convivência paterna especialmente no estágio inicial de sua vida.

Nesse sentido, observa-se que foi retirado dos homens o direito de poder participar do crescimento de seus filhos. Pode ser muito bem observado que a dinâmica atual da sociedade comporta tranquilamente um novo modelo de revezamento de licença, considerando que os homens querem cada vez mais participar das atividades que envolvem a família, seja a casa ou os filhos.

Nesse sentido, observa-se a real necessidade de se estender aos homens alguns direitos exclusivos das mulheres, como o da licença-parental, cujo período dever ser elas tecido ou revezado para atingir plenamente as suas finalidades de realmente compartilhar as responsabilidades do pai com a mãe, de estabelecer uma convivência mais próxima entre eles nesse período tão especial e importante, de forma a fortalecer os laços afetivos entre os membros de uma família e assegurar um relacionamento familiar mais saudável para o futuro da criança.

Não se pode deixar de observar que a ausência de lei específica sobre o tema demonstra uma aparente falta de interesse do legislador em atender à demanda social no que diz respeito ao tema proposto. A licença maternidade encontra amparo legal, mas a licença paternidade, até o momento, é tratada no artigo 10, parágrafo 1º, do ADCT, no qual há a previsão de lei posterior que venha a tratar sobre o tema, mas que até o momento não se demonstrou qualquer atividade legiferante intensa nesse sentido. Assim, parece buscar o adiamento de conflitos sociais, demonstrando uma aparente boa intenção do legislador para convencer, contudo, não resolve de forma efetiva para o problema, tornando-se uma legislação que parecer servir ao retrocesso, ainda mais com as recentes decisões que flexibilizaram as previsões legais.

Importante observar também, que ao adentrar na finalidade a que a licença maternidade se propõe, para o cuidado com a criança e o convívio familiar para uma consequente formação sólida da estrutura familiar, nota-se que não mais se justifica a diferenciação e desigualdade dos institutos da licença maternidade com a licença paternidade, o casal deve estar presente para consecução do propósito do instituto à luz da esfera constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos apresentados, considerando os institutos da licença maternidade e da licença paternidade, observa-se que a atual legislação brasileira é interpretada desconsiderando a orientação principiológica constitucional.

Observa-se que o formato atual não atende à finalidade de proteção da maternidade e da criança. Desde a primeira previsão da licença maternidade até as recentes decisões dos Tribunais, muitos entendimentos foram relativizados, no entanto, a legislação permanece engessada.

As relações sociais e familiares são dinâmicas e a legislação não consegue acompanhar as modificações que essa demanda reprimida solicita. Nesse sentido, observa-se que as disposições legais e constitucionais que determinam os prazos e condições da licença maternidade e da licença paternidade não se mostra plena para dissolver as questões elencadas neste trabalho e outras que possivelmente irão surgir.

Após relembrar a evolução histórica das licenças maternidade e paternidade e refletir acerca de algumas questões polêmicas que contornam o tema, foi analisada a forma tradicionalmente aceita da licença maternidade e algumas variações de entendimentos jurisprudenciais contemporâneos foram analisados. Dessa forma, ficou muito clara a real necessidade da adequação social aqui proposta bem como foi possível observar a elasticidade das decisões e entendimentos, apesar do engessamento legal da questão trabalhada.

Nesse sentido, a efetivação do direito de escolha e revezamento da licença maternidade favoreceria plenamente as finalidades precípua de dividir responsabilidades entre o pai e a mãe e de conferir uma convivência mais próxima entre os membros de uma família nesse período tão especial e importante, de forma a fortalecer os laços afetivos entre os entes familiares, assegurando um relacionamento mais saudável para o futuro de todos, crianças e pais.

Na mesma linha de tudo o que foi trabalhado neste contexto, observa-se que as tentativas de atenuar as diferenças sociais latentes entre gênero parecem ainda muito engessadas sob o ponto de análise da legislação, que não acompanha a dinâmica dos precedentes judiciais.

De outra banda, os precedentes judiciais aqui expostos também conferem a resistência em permitir que a mulher escolha dedicar-se ao trabalho mesmo no momento em que a sociedade clama que ela deveria querer apenas cuidar de seu rebento. Ocorre que a sociedade mudou, as famílias se modificaram, e hoje, a mulher percebe que a tão falada jornada dupla de trabalho não é compensada de forma satisfatória. Por essa razão, muitas profissionais autônomas, como dentistas, médicas, advogadas, veterinárias, “personal trainers”, jornalistas, entre muitas outras, observaram que, caso gozassem quatro ou seis meses de licença maternidade perderiam seus clientes e prejudicariam a família. Dessa forma, retornam ao trabalho de forma progressiva a partir de quinze dias depois do parto e se dividem nas tarefas de profissional e mãe concomitantemente quando na verdade, tem sua incapacidade presumida e inatividade laboral como requisito para o recebimento do salário-maternidade que, como foi trabalhado neste artigo, não pode ser separado da licença.

Nesse sentido, observa-se que muitos pais poderiam e gostariam de revezar e compartilhar com sua esposa os primeiros cuidados do filho ou dos filhos e não há nenhum impedimento constitucional ou legal para que essa regulamentação ocorra formalmente.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALIBA, Graciane Rafisa. **(Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas**. Mai. 2014. Disponível em: <<http://gracianesaliba.com.br/index.php/pubs/re-pensando-a-finalidade-e-efetividade-da-licenca-maternidade-e-da-licenca-paternidade-diante-das-relacoes-afetivas-contemporaneas>> Acesso em 22 jan. 2019.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

Laura Albrecht Freitas¹

RESUMO: O presente artigo trata da realidade da mulher no mercado de trabalho: comportamentos assediadores de cunho moral e sexual permeiam as carreiras femininas. Em que pese representem a maioria da população brasileira e estejam se igualando aos homens no número de trabalhadoras, são vítimas constantes de pressão psicológica, comentários e atos de cunho sexual e discriminatório, pelo único fato de serem mulheres. A discriminação afeta, inclusive, a remuneração das trabalhadoras, que recebem menores salários, mesmo exercendo idênticas funções com a mesma perfeição técnica. Este artigo abordará a história da mulher no Brasil e no mundo e suas lutas para chegarem onde estão. Trata-se de análise de situações, casos reais e conceituação técnica, abordando, além do Direito do Trabalho, conceitos históricos e sociológicos. Também abordará casos reais e recentes, julgados em Tribunais da Justiça Especializada do Trabalho no Brasil, para ilustrar a parte teórica, que abordará conceitos firmados por doutrinadores brasileiros e estrangeiros.

Palavras-chave: Mulher. Mercado de Trabalho. Discriminação. Assédio moral. Assédio sexual.

1 INTRODUÇÃO

As mulheres já representam a maioria da população brasileira, segundo o IBGE, como será mostrado ao longo deste artigo. Aos poucos elas têm conquistado seu espaço na sociedade e, principalmente, no mercado de trabalho. Porém, ainda são alvo de discriminação e preconceito.

Por dia, são registrados mais de 46 casos de assédio sexual no Brasil, além de casos de assédio moral e outras formas de discriminação que não entram para as estatísticas, como, por exemplo, o fato de mulheres receberem remuneração inferior à dos homens, mesmo exercendo o mesmo cargo. É esta a importância e o objetivo deste trabalho: mostrar que a realidade do assédio é muito mais comum e está muito mais próxima do que podemos enxergar.

Esta pesquisa foi baseada em dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE -, pelo Ministério do Trabalho, além de ser ilustrado por casos reais,

¹ Laura Albrecht Freitas, graduada em Direito pela Uniritter, especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Uniritter, afreitaslaura@gmail.com.

julgados em Tribunais brasileiros da Justiça Especializada do Trabalho, tanto Regionais, como Superior.

Antes de se adentrar em casos fáticos, é necessário ambientar as lutas e conquistas femininas, mostrar todo o caminho trilhado até este momento. Como foi a inserção da mulher no mercado de trabalho e as alterações trazidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas no sentido de proteção ao trabalho da mulher. Ainda, será exposto o conceito de discriminação e como ela se apresenta.

Serão estudadas as duas principais formas de violência contra a mulher no mercado de trabalho: a sexual e a moral. Para tanto, serão trazidos conceitos trabalhados por doutrinadores e julgadores, além de casos reais e recentes registrados nos Tribunais Brasileiros. Dados estatísticos também serão expostos.

Ao todo serão dois capítulos, compostos por subtítulos, onde o primeiro abordará temas históricos e sociológicos e o segundo, conceitos práticos e casos reais, findando na conclusão, que fará um panorama de tudo o que será abordado ao longo deste artigo.

2 A EVOLUÇÃO DA MULHER NA SOCIEDADE

“Não sabemos mais exatamente se ainda existem mulheres, se existirão sempre, se devemos ou não desejar que existam, que lugar ocupam no mundo ou deveriam ocupar”, dizia Simone de Beauvoir em 1949². A citação não deixa dúvidas quanto à histórica submissão da mulher ao homem e à sociedade.

Como cita Maria Berenice Dias, “ao homem sempre coube o espaço público, e a mulher foi confinada nos limites do lar, no cuidado da família”. Nesse sentido, ainda aduz que essa origem histórica acabou por formar dois mundos, “um, de dominação, externo, produtor; o outro, de submissão, interno e reprodutor”³.

A própria legislação Brasileira, até 1964, considerava a mulher relativamente incapaz. Simone Andréa Barcelos Coutinho relaciona a condição jurídica feminina, sinalizando que o Código Civil brasileiro de 1916, em sua redação original, considerava a mulher relativamente incapaz; já a legislação francesa previa a obrigação da mulher

² BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 11 impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. P. 7.

³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre justiça e os crimes contra as mulheres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

obedecer ao seu marido. Cita, ainda, que “até 04.10.1988 a mulher, juridicamente, era um ser humano subordinado, destituído da plenitude de seus direitos civis, vez que lhe era recusado o elementar direito à igualdade dentro de sua própria família”⁴.

O Código Civil Brasileiro de 1916 dispunha acerca dos Direitos e Deveres da Mulher em capítulo próprio dentro do Título II – Dos efeitos jurídicos do casamento.

Os artigos deste capítulo falavam, essencialmente, de atos que podiam ou não ser praticados pela mulher com ou sem a autorização expressa do marido. O artigo 242 lista atos que a mulher era proibida de praticar sem a autorização do marido que, segundo o artigo 243, devia ser por instrumento público ou particular previamente autenticado.

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):
I - praticar os atos que êste não poderia sem consentimento da mulher (art. 235);
II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310);
III - Alienar os seus direitos reais sôbre imóveis de outrem;
IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.
Art. 243. A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.⁵

O período de vigência do Código Civil de 1916 corroborou com o papel que a mulher sempre desempenhou na sociedade, obrigando estas a terem o aval expresso do marido para desempenhar as principais funções da vida civil. A autorização do marido era presumida quanto aos atos domésticos ou inerentes à sua profissão, que também só poderia ser exercida com seu aval⁶.

⁴ Coutinho apresenta a história das mulheres na evolução das legislações pelo mundo, citando: “A situação da mulher casada sempre chamou mais a atenção dos operadores do Direito. Os motivos saltam à vista: segundo as Ordenações do Reino de 1786, a mulher adúltera recebia pena de morte. Na redação original do Código Civil brasileiro de 1916, a mulher era considerada relativamente incapaz. O Código Civil francês, conhecido como Código Napoleão, impunha à mulher o dever de obedecer o marido. Apenas em 1962, no Brasil, a mulher casada deixou de ser relativamente incapaz para tornar-se *colaboradora* do marido. Até 1988, sua condição social era ignominiosa, porque, ao casar-se, passava a ter um *chefe* (muitas vezes um tirano doméstico) cuja vontade prevalecia sobre a sua. Enfim, até 04.10.1988 a mulher, juridicamente, era um ser humano subordinado, destituído da plenitude de seus direitos civis, vez que lhe era recusado o elementar direito à igualdade dentro de sua própria família. COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Direitos da Filha e Direitos Fundamentais da Mulher**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 10.

⁵ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁶ COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Direitos da Filha e Direitos Fundamentais da Mulher**. Curitiba: Juruá, 2004.

De 1º de janeiro de 1917 a 10 de janeiro de 2003 – período de vigência do Código Civil de 1916 – os direitos e deveres da mulher estavam sufocados em um único capítulo, e ainda mais resguardados sob a autorização de seus maridos.

Segundo Douglas Bastos, a sociedade atribui papéis aos homens e mulheres ditados por “códigos de conduta introjetados pela educação diferenciada que atribui o controle das circunstâncias ao homem”, o que resulta em diferenciá-los a atribuições que desempenharão na sociedade, como recato sexual, dedicação a questões domésticas e maternidade. Em continuidade ao que prega o autor, tais atribuições acabam criando desproporcionalidade entre os sexos, restando a aparência de existência de “hierarquia autoritária”, criando no homem a sensação de poder valer-se da violência, e, na mulher vítima de agressão, a inércia. Para justificar seu entendimento, cita pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, que concluiu “que é comum as mulheres sofrerem agressões físicas, por parte do companheiro, por mais de dez anos”⁷.

Depreende-se do artigo do autor supramencionado, que o rótulo de ser inferior atravessou os séculos, ultrapassou barreiras históricas e até hoje continua perseguindo as mulheres. O fato de os homens seguirem rotulando-as faz com que tenham a certeza de que o sexo feminino lhe deve obediência e, caso não o respeite, ele passa a ter o direito de cobrá-las da maneira que melhor lhe convir. Assim, alguns homens, crentes de que são superiores, têm a certeza que agredir uma mulher, mesmo que com olhares ou gestos, não passa de um direito seu, conferido pela sociedade e pelo preconceito nela incutido desde que fora concebida.

O prefácio da obra *O Segundo Sexo*, de Beauvoir, confirma o papel de coadjuvante assumido pela mulher em todas as gerações. Vejamos:

O ponto de partida dessa reflexão apaixonante – que interessa não só às mulheres, mas sobretudo aos homens – é a constatação de que a mulher é escrava de sua própria situação: ela não tem passado, não tem história, não tem religião própria. Ou seja: a mulher não produziu, pelo menos como protagonista, nenhuma civilização. Seu papel sempre foi caudatário da palavra do homem. Sua linguagem só é aceita enquanto subordinada aos códigos de vida e comunicação estabelecidos pelo homem. E, pior, o mito do ‘eterno feminino’ nada mais é do que as algemas em que a mulher é mantida em sua alienação.⁸

⁷ BASTOS, Douglas. **Feminicídio e a proteção dos Direitos Humanos na perspectiva de gênero**. Disponível em <http://douglasbastos.jusbrasil.com.br/artigos/220541070/feminicidio-e-a-protecao-dos-direitos-humanos-na-perspectiva-de-genero?ref=topic_feed>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁸ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 11 impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

Das obras e doutrinadores abordados, depreende-se que a mulher sempre foi tida como dependente do homem, até mesmo para escrever sua história, ou tentar. Anos passaram até que esta pudesse ter a igualdade legalmente assegurada, o que será debatido em ponto específico.

Ocorre que, embora legalmente previsto, nem sempre o princípio da igualdade é aplicado às mulheres. Estas permanecem às margens da sociedade, sendo discriminadas, menosprezadas, e vítimas de violência em um ambiente no qual tanto lutaram para ser inseridas: o de trabalho.

2.1 Direito da antidiscriminação

As minorias sempre foram vítimas de discriminação não só no ordenamento jurídico pátrio, mas também no convívio em sociedade. O conceito de discriminação, trazido por Roger Raupp Rios, “aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico, atentando para os prejuízos experimentados pelos destinatários de tratamentos desiguais”⁹.

Em que pese a legislação pátria não admita que haja tratamento desigual em razão do sexo, para que seja caracterizada a discriminação não basta a conceituação do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, I da Constituição Federal)¹⁰. Acerca do princípio e da aplicação de lei desigual aos discriminados, cita Maria Berenice Dias:

O princípio da igualdade formal não é absoluto, é um conceito relativo, impõem-se diferenciações para tornar materialmente iguais entre desiguais. Mister acentuar as diferenças, para que se implementem políticas públicas que deem um tratamento prioritário às questões de gênero. Por isso, indispensável a adoção de ações afirmativas que busquem o estabelecimento da igualdade material por meio da igualdade de oportunidades.¹¹

Aplica-se, nesse contexto a máxima que diz: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Rios cita, em sua obra já

⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 19.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 37.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 37 e 38

referenciada, que “nem sempre a adoção de tratamentos distintos revela-se maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigidas”¹².

Portanto, verificada a vulnerabilidade da mulher frente ao histórico de convivência em sociedade, bem como em comparação ao homem, denota-se que há discriminação histórica em face das mulheres. Assim, plenamente cabível a edição de leis que privilegiam e protegem mulheres no âmbito legislativo brasileiro.

A mulher apenas foi inserida no mundo jurídico brasileiro com a publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz, no caput do artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]¹³

O inciso I do artigo supramencionado é ainda mais contundente e direto ao citar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”¹⁴.

Embora a vigência da Constituição Federal de 1988, o capítulo do Código Civil supramencionado continuou em vigor. Ou seja, em que pese a Carta Magna previsse a igualdade, a mulher continuou necessitando da outorga marital para que pudesse exercer diversos atos da vida civil. Porém, influenciou na redação do Código Civil de 2002, onde ambos os sexos passaram a ter iguais direitos e deveres.

Defendendo que é possível a mulher se igualar ao homem, Simone de Beauvoir cita:

No tempo em que se tratava de brandir pesadas maçãs, de enfrentar animais selvagens, a fraqueza física da mulher constituía uma inferioridade flagrante; basta que o instrumento exija uma força ligeiramente superior à que dispõe a mulher para que ela se apresenta como radicalmente impotente. Mas pode acontecer, ao contrário, que a mulher anule a diferença muscular que separa o homem da mulher: a abundância só cria superioridade na perspectiva de uma necessidade; não é melhor ter demais do que não ter bastante. Assim, o manejo de numerosas máquinas modernas não exige mais do que uma parte dos recursos viris. Se o mínimo necessário não é superior às capacidades da mulher, ela torna-se igual ao homem no trabalho.

¹² RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 19.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

A mulher não deve trabalhar para se igualar ao homem, mas para conquistar seu espaço, escrever sua própria história e caminhar por suas próprias vontades. A discriminação ainda faz parte da sociedade, em pese a Carta Magna expresse que ela não deve existir.

2.2 Da proteção ao trabalho da mulher

No âmbito do Direito do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada no ano de 1943, pelo então presidente Getúlio Vargas, reservou um capítulo para tratar apenas do trabalho da mulher. O Capítulo III é destinado à “Proteção ao Trabalho da Mulher”¹⁵. Nesta parte especial da legislação estão previstos temas como duração do trabalho, remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, períodos de descanso específicos e proteção à maternidade.

O §1º do artigo 372, o primeiro elencado no rol do Capítulo III, já trazia uma importante exceção às regras que eram elencadas a partir dali: elas não se aplicavam aos casos em que as mulheres laboravam em oficinas que serviam exclusivamente às pessoas da família daquela obreira, tampouco às que estivessem sob a direção de seus pais, esposo, tutor ou filho¹⁶. Ou seja, havia liberdade no acesso ao mercado de trabalho, mas a mulher continuava subordinada à família se dependesse do ofício desta para sua subsistência, e o Direito do Trabalho não lhe alcançava.

A redação original da CLT vedava o trabalho noturno, exceto para as mulheres que trabalhavam com serviços de enfermagem; empresas de telefonia, rádio telefonia ou radiotelegrafia; “casas de diversões”, restaurantes, bares, hotéis e estabelecimentos congêneres; ou aquelas que, não participando de trabalho contínuo, ocupassem cargo de direção.

A vedação ao trabalho noturno às mulheres foi afastada apenas em 1979, após a revogação dos dispositivos pela edição da Lei 7.855. Acerca deste avanço legal, Alice Monteiro de Barros ressalta:

¹⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>, acesso em 27 nov. 2019.

¹⁶ Parágrafo único - Não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho. In BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>, acesso em 27 nov. 2019.

A medida representa um avanço considerável na legislação sobre a matéria, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico. A rigor, do ponto de vista fisiológico, o trabalho noturno é prejudicial tanto à mulher como ao homem, tanto é que se recomenda o afastamento do empregado, em geral, desse turno¹⁷.

O adicional pago ao serviço prestado em período noturno é considerado uma indenização à saúde do trabalhador, e não uma bonificação.

Inicialmente, as adequações feitas no Capítulo III da Consolidação das Leis Trabalhistas visaram atender às necessidades do mercado, que se via em busca de mão de obra. Ocorre que, biologicamente, homens e mulheres têm diferenças. Assim, artigos como o 382 e 384 – este último até a promulgação da lei 13.467/2017 – foram mantidos¹⁸.

Anos se passaram até que as mulheres pudessem ingressar no mercado de trabalho. Os dispositivos que regulam seu trabalho vêm passando por constantes modificações desde então, ora para atender as suas necessidades, ora para atender as necessidades do mercado.

O que se verá no capítulo seguinte é que, mesmo havendo respaldo da Constituição Federal, da Consolidação das Leis Trabalhistas e legislação esparsa, ainda há discriminação, menosprezo e violência à mulher no ambiente de trabalho. Ainda existem superiores hierárquicos e colegas, na mesma categoria, que não aceitam o ingresso do sexo feminino no mercado de trabalho, ou não reconhecem a sua competência para ocuparem lugares do mesmo nível que estes ou, porque não, superiores.

3 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Sérgio Pinto Martins relata que a submissão da mulher no mercado de trabalho iniciou na Revolução Industrial (século XIX). A principal ocupação era na operação de máquinas, e eram a preferência entre os empregados por se submeterem a baixos salários em troca de alta carga horária, chegando a laborar de 14 a 16 horas por dia¹⁹.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

¹⁸ Art. 382 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho, haverá um intervalo de 11(onze) horas consecutivas, no mínimo, destinado ao repouso.

Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Consolidação das Leis Trabalhistas. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>, acesso em 27 nov. 2019.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 661.

Desde os tempos remotos, percebia-se que a mulher era inferior ao homem no mercado de trabalho. A necessidade de seu ingresso era tamanha, que se sujeitavam a extensas jornadas e baixos salários. Hoje a submissão persiste, no momento em que mulheres continuam a receber remuneração inferior, mesmo exercendo funções idênticas e com a mesma perfeição técnica.

As mulheres representam 51% da população brasileira²⁰, no mercado de trabalho somavam 44% dos trabalhadores em 2017²¹.

Mesmo correspondendo à parcela significativa dos trabalhadores no país as mulheres sempre foram discriminadas, especialmente quando se fala em salário: a média salarial dos homens é de R\$ 2.012,00, enquanto que das mulheres é de R\$ 1.522,00 – dados correspondentes ao ano de 2015²².

É importante conhecer as estatísticas da presença de mulheres no mercado de trabalho antes que sejam analisadas as diversas formas de violência contra elas.

3.1 Violência sexual praticada contra a mulher

O Código Penal conceitua o assédio sexual no art. 216-A, citando: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”²³

Vê-se que, no âmbito do direito penal, é necessário que o agente seja hierarquicamente superior a vítima, ou seja, em uma relação empregada/empregador, ou ocupante de outro cargo superior – gerente, supervisor, diretor – e subordinada. Também se denota que a conduta do agente é dolosa, pois já o faz com o *intuito* de obter a vantagem ou favorecimento.

²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>, acesso em 27 nov. 2019.

²¹ BRASIL. Ministério do Trabalho. Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho. Disponível em <<http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2017>>. Acesso em 27 nov. 2019.

²² MARQUES, José Roberto. A mulher no mercado de trabalho. Instituto Brasileiro de Coaching. Goiânia, 22 abr. 2019. Disponível em <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/mercado-trabalho/mulher-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

²³ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>, acesso em 27 nov. 2019.

Para o Direito do Trabalho, explica José Affonso Dallegrave Neto, que os critérios são relativizados na medida em que a preocupação com aspectos subjetivos dá lugar à tutela da liberdade sexual. Assim, não importa se o assediador ocupa posição hierárquica superior, bastando que tenha havido o constrangimento, causando temor à vítima²⁴.

O Desembargador Reinaldo Brando de Moraes, ao julgar o Recurso Ordinário do processo nº 0001748-64.2014.5.12.0019, assim destacou acerca da comprovação do assédio moral e da proteção ao trabalho da mulher²⁵:

A exigência de prova cabal e ocular para evidenciar o assédio sexual acarretaria a própria impossibilidade da prova em Juízo, e assim contribuir para que ilicitude de tanta gravidade continue ocorrendo. Com efeito, dada a gravidade do ilícito, sobretudo no ambiente laboral, marcado por uma relação de subordinação entre o agressor e agredida, o art. 2º, inciso 2, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, dispõe:

Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

2. que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar.

No caso em que foi extraído o excerto supra, a reclamante era assediada diariamente por seu supervisor hierárquico ao aguardar a carona de seu tio em frente à empresa após o horário de expediente. Repetidas vezes o assediador parava com seu carro próximo ao local em que a vítima aguardava e lhe importunava com o objetivo de obter vantagem sexual. Tamanhas eram as importunações que este chegou às vias de fato com o tio da vítima. Além disso, fazia comentários sobre a intimidade da vítima com seu tio, e também sobre o corpo desta com outros empregados da empresa.

²⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 283.

²⁵ SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário 0001748-64.2014.5.12.0019. Reclamante: Silvana Conceição Felix de Carvalho. Reclamada: Trada Portas Especiais Ltda. – ME. 1ª Vara do Trabalho de Jaraguá do Sul. Relator: Reinaldo Brando de Moraes. Florianópolis, 05 dez 2016. Disponível em <<https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/412832573/recurso-ordinario-trabalhista-ro-17486420145120019-sc-0001748-6420145120019/inteiro-teor-412832631?ref=juris-tabs>>. Acesso em 27 nov 2019.

Em primeiro grau, foi julgado improcedente o pedido de indenizações por falta de provas, já que a testemunha ouvida a convite da vítima não deu depoimento suficiente a comprovar os fatos alegados. Porém, ao modificar a sentença, o Desembargador utilizou o art. 2º, inciso 2, da Convenção de Belém do Pará para justificar seu entendimento.

Maurício Godinho Delgado, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar recurso interposto àquela Corte oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, alertou sobre a dignidade da pessoa humana:

A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego.

[...]

O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988.

Tratando-se de assédio sexual no trabalho, retratado por ações reiteradas de índole sexual ou por grave ação dessa natureza, praticadas por pessoa que integra a organização ou quadros da empresa contra subordinado ou colega, desponta ainda mais relevante a responsabilização pela afronta moral sofrida, porque abala sobremaneira e por longo período a autoestima, honra, vida privada e imagem da vítima, denotando também gestão empresarial desrespeitosa e descuidada em aspecto de alta relevância, segundo a Constituição da República (respeito à dignidade da pessoa humana; respeito à mulher trabalhadora).²⁶

De acordo com o Ministro Maurício Godinho Delgado, o cuidado para que o assédio moral não ocorra vai além do respeito à trabalhadora, mas sim à dignidade da pessoa humana. Ao permitir que uma trabalhadora seja assediada, fere-se não só a vítima, mas também a toda uma história de luta pelo espaço no mercado de trabalho e pela igualdade de tratamento ao trabalho da mulher.

Há maior dificuldade na ascensão de mulheres do que de homens, uma vez que estas precisam se preocupar com a roupa que vestem, com o penteado, e até mesmo com o jeito de caminhar. As mulheres precisam demonstrar seu conhecimento e mostrar a todo o momento que têm capacidade para ocupar todos os postos do mercado de trabalho.

²⁶ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. 0020149-17.2015.5.04.0014. Reclamante: Rosmeri Biancki de Oliveira. Reclamada: Panpharma Distribuidora de Medicamentos Ltda. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 09 de novembro de 2018. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/646776189/arr-201491720155040014/inteiro-teor-646776208?ref=juris-tabs>>. Acesso em 27 nov 2019.

3.2 Violência moral praticada contra a mulher

Além da violência sexual, há um também uma violência oculta, que, muitas vezes, há um lento processo para que se possa visualiza-la. Ela não se mostra com agressões físicas, alteração no tom de voz e também não é escancarada como a violência sexual. Trata-se da violência moral, que é tão nociva quanto a primeira, mas se esconde.

“Por assédio no local de trabalho compreenda-se toda e qualquer conduta abusiva, manifestada, sobretudo, por comportamentos, palavras, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade, à integridade física ou psíquica de uma pessoa ou pôr em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho.”²⁷

Em uma reclamatória trabalhista ajuizada na cidade do Rio de Janeiro, a reclamante relatou que, diariamente, no momento em que ela e suas colegas de trabalho se colocavam em seus postos, o proprietário da reclamada as ofendia, se utilizando de palavras de baixo calão para caracterizá-las. Como se não fosse suficiente, constantemente ameaçava que iria deixar de ofertar as cestas básicas, que fariam falta para as empregadas.

No voto da relatora, a Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva assim referiu:

“Em linhas gerais, o dano moral, portanto, consiste na violação do direito à imagem, à privacidade, à intimidade, à honra e à integridade da vítima em decorrência da prática de ato ilícito ou cometimento de abuso de direito pelo agressor, consoante a dicção dos artigos 186 e 187 do Código Civil, nascendo, a partir de tal agressão, a obrigação de indenizar de modo a compensar o sofrimento, a humilhação do ofendido e, ainda, com natureza pedagógica.

Para aquilatar a responsabilidade da reclamada não é imperioso que se avalie a intenção, pois, a conceituação jurídica de culpa se relaciona à inobservância de normas de conduta. Assim, independentemente da boa ou má intenção, o que se avalia é se o comportamento concreto do ofensor é, ou não, reprovável, social ou juridicamente.

No caso em comento, a inicial relata a imposição da prática conhecida como assédio moral, onde os superiores hierárquicos tratariam o empregado com rigor excessivo e agressões verbais.

[...]

Registro que para que se configure o dano moral, não há necessidade de prova do sofrimento do trabalhador - basta que o bem jurídico maior seja lesado -, o que ocorre no caso. A simples violação ao dever jurídico será suficiente para garantir o dever de reparar, pois, a ausência da fonte de sustento é fato grave, por si só, capaz de gerar forte abalo psicológico e moral no indivíduo.

²⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. 2 ed. Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. P. 65.

É importante observar a misoginia do comportamento empresarial, com seus comentários desrespeitosos às mulheres, tratadas como coisas, animais, reduzidas em sua personalidade, destratadas em sua maternidade, em sua personalidade, em sua condição de mulher. A prática discriminatória é vedada expressamente e o assédio praticado se insere em uma modalidade específica de violência contra a mulher, que o Brasil se comprometeu a combater e a erradicar.

[...]

Em sendo o mundo do trabalho um lócus privilegiado de criação de hegemonias e subjetividades, não é possível deixar de reconhecer a importância do respeito ao outro no ambiente de trabalho, principalmente porque sabemos que "quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos," (p. 17), prossegue Sennett, que em seus estudos não deixa de lembrar que há muito o "trabalho parece formar o caráter, aumentando a autoestima e o respeito pelos outros" (p. 217). O desrespeito ao indivíduo no trabalho gera baixa estima, com todas suas consequências psíquicas, e favorece uma escassez geral de respeito, que possibilita a corrosão do tecido social e alimenta uma cidadania passiva. Assim, a falta de respeito pode se constituir em conduta particularmente ultrajante, prática danosa reiterada.²⁸

O exemplo supramencionado mostra a realidade das trabalhadoras brasileiras: se sujeitam a ambientes de trabalho psicologicamente degradantes em troca da sua subsistência. Segue ementa do caso citado:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. ASSÉDIO MORAL COMPROVADO. COMPORTAMENTO MISÓGINO. AGRESSÕES VERBAIS. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. É dever do Estado Brasileiro efetivar adequadamente os direitos das mulheres, protegendo-as contra todos atos de discriminação, em especial contra os que ocorrem quando são coisificadas e xingadas no local de trabalho. Devem as autoridades públicas e judiciárias atuarem para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa, conforme compromisso assumido pelo país com a internacionalização da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 84.460. Comprovada a prática de ofensas reiteradas às mulheres em geral e às mulheres grávidas, em particular, correta a sentença que reconheceu a ocorrência de dano moral e estabeleceu o dever de reparação, com a condenação da reclamada ao pagamento de indenização em quantia que pode ser até considerada módica diante da gravidade da conduta e da discriminação perpetrada. Recurso patronal conhecido e desprovido.

²⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário. 0010114-28.2015.5.01.0031. Reclamante: Danielle Ramos Pereira. Reclamada: Locadora de Máquinas Tinco Ltda. – EPP. Relatora: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Rio de Janeiro, 8 de março de 2017. Disponível em < <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00101142820155010031/>>. Acesso em 27 nov 2019.

Outro caso a ser analisado é proveniente de Minas Gerais, que ilustra fielmente a realidade de tantas brasileiras. Ao ficarem grávidas, trabalhadoras sofrem abalos morais decorrentes de discriminação por seu estado.

No processo de nº 0010848-71.2016.5.03.0165²⁹, a trabalhadora sofreu cobranças excessivas em uma reunião, e foi demitida aos gritos pelo sócio da empresa, em frente a colegas. Tal ato gerou grave abalo à trabalhadora, como comprovou o depoimento de testemunha ouvida a seu convite:

*"(...) que participou da reunião junto com a reclamante e outros participantes: Resmini, João Carlos - diretor de negócios, a quem a reclamante era subordinada, Alessandro que era gerente de operações, Felipe Matosinhos, gerente de projetos; Glaucius, que era analista de custos; que essa reunião era para questionar os custos da unidade de negócios de planilha feita pelo Glaucius e pela reclamante; (...) **que a reunião ocorreu em junho de 2016, (...); que o Resmini comandou a reunião; que o pedido que havia sido feito para a reclamante e Glaucius era um pedido que não tinha forma técnica de ser executado; (...) que ocorreu que não tendo resposta esse pedido o Resmini perdeu a paciência literalmente; que falou que estava na frente de uma incompetente, referindo-se à reclamante;** que o nível de incompetência da reclamante dava vontade de vomitar; **que disse isso aos berros; (...) era um estilo constante do Resmini e entrar para uma reunião era pensar em quem seria apanhado; que aos berros o Resmini abriu a porta e mandou a reclamante ir embora buscar o RH, no sentido de que seria dispensada; que para o Glaucius não foi dito nada; o que o depoente não compreendeu porque o trabalho foi feito por ele e a reclamante também e o foco foi apenas a reclamante;** (...) que nos 1ª segundos a reclamante ficou abalada em relação a isso e se orientou conversando com o Glaucius tentando retomar o assunto; que a reclamante permaneceu nos minutos seguintes; **que o Resmini voltou a conversar convidou a reclamante para se retirar, expulsando-a de forma ainda mais contundente que antes; que a reclamante saiu e reunião continuou; que pelo que recorda o Resmini não tocou mais no assunto da planilha prosseguindo a reunião;** que na avaliação do depoente a análise de custo deveria ser feita pelo gerente de cada unidade que é quem tem condições de analisar os diversos aspectos dos custos (...)"*

Ou seja, em que pese a tarefa tivesse sido designada à reclamante e a outro colega, homem, apenas a trabalhadora sofreu as excessivas cobranças. Ora, não houve igualdade, mas sim discriminação. Nesse sentido, foi o entendimento do relator:

"Verifica-se, pelos depoimentos, ser incontroversa a forma de comunicação utilizada pelo presidente da reclamada durante a reunião para dirigir-se à autora, com gritos e palavrões, ainda que em língua estrangeira, e que a tarefa designada

²⁹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. 0010848-71.2016.5.03.0165. Reclamante: Pollyanna Millard Soares. Reclamada: Bcube Logistic Ltda. Relator: Convocado Danilo Siqueira de C. Faria. Belo Horizonte, 06 de março de 2018. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=4572>>. Acesso em 28 nov 2019.

ao grupo não era possível de estar concluída para apresentação naquela reunião de trabalho.

Está claro, também, que houve a determinação pelo representante da reclamada de que a autora se retirasse da sala, sendo dispensada naquele ato, com utilização, novamente, de voz alta e palavras e expressões de baixo calão em outro idioma.

O fato da obreira ter sido dispensada no curso da reunião comprova que ela foi escolhida para servir de "exemplo negativo" aos demais participantes, já que, após sua expulsão, o assunto deixou de ser objeto de debate.

Percebe-se, portanto, que o presidente da reclamada queria criar um ambiente hostil para buscar um aumento de produtividade na reclamada, com utilização de ameaças de dispensas sumárias e humilhantes aos demais presentes.

Dessa forma, restou comprovado que a reclamante foi objeto de tratamento humilhante na referida reunião, vez que teria sido escolhida como "alvo" do presidente.

O ato ilícito praticado pela reclamada está comprovado por todo o conjunto probatório constante dos autos e não somente pelo depoimento da testemunha que foi ouvida a pedido da autora.

Os documentos médicos juntados pela obreira comprovam a necessidade de afastamento da autora de suas atividades por estar mentalmente abalada.

Por sua vez, os depoimentos colhidos, inclusive o do preposto e da testemunha ouvida a rogo da reclamada, demonstram que o representante da ré tinha por hábito dispensar tratamento vexatório a seus funcionários, por meio da utilização de tom alto de voz e de expressões de baixo calão, além de praticar tais atos de forma teatral de modo a dar ampla visibilidade aos demais membros da equipe de funcionários.

O ato praticado mostrou-se, também, discriminatório em relação à reclamante, sendo, ainda, considerado gravíssimo por saber o representante da reclamada do estado gravídico da obreira, vez que não houve cobrança de quaisquer informações aos demais membros masculinos do time responsável pela apresentação da planilha na reunião, sendo certo que a reclamante não era a gerente da equipe, mas apenas mais uma componente do referido time.”

O tratamento dispensado à reclamante foi discriminatório, e sequer observou seu estado gestacional.

O assédio moral é comum e constante, a discriminação pelo simples fato de ser mulher, também. É gritante a necessidade de tratamentos iguais e reconhecimento de que a mulher conquistou o seu lugar no mercado de trabalho, e não serão atos misóginos e discriminatórios que tirarão essa vitória.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo demonstrou o quanto as mulheres lutaram para conquistar o seu espaço na sociedade e no mercado de trabalho, e o quanto ainda precisam lutar. A violência, seja moral ou sexual, é uma realidade, e precisa ser combatida.

Redes de apoio e canais de acolhimento têm feito um papel de suma importância, mas ainda não é o suficiente. Toda a sociedade precisa aceitar esta realidade e entender que

cada um precisa fazer o seu papel pelo fim da discriminação sexista. Não é preciso ser mulher para lutar por essa causa.

O trabalho representa a principal fonte de subsistência humana. É através dele que se contam tantas conquistas e afirmações sociais e psicológicas. É lamentável ainda ser necessário abordar este tipo de assunto, mesmo após mais de um século de lutas.

O objetivo principal deste trabalho é mostrar que a luta ainda não chegou ao fim, que a discriminação sexista é uma realidade, e as discriminadas precisam ter voz, precisam gritar ao mundo para que sejam vistas, acolhidas, compreendidas e encorajadas.

Devemos lutar por mais autores que abordem este assunto, por pessoas que estejam dispostas a encarar esta realidade, dispostas a se abrir sobre as violências que sofrem e, acima de tudo, lutar por igualdade. Uma sociedade justa e igualitária precisa fazer essas reflexões constantemente.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Douglas. **Feminicídio e a proteção dos Direitos Humanos na perspectiva de gênero.** Disponível em <http://douglasbastos.jusbrasil.com.br/artigos/220541070/femicidio-e-a-protecao-dos-direitos-humanos-na-perspectiva-de-genero?ref=topic_feed>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho.** 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos.** 11 impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>, acesso em 27 nov. 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas.** Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>, acesso em 27 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho. Disponível em <<http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2017>>. Acesso em 27 nov. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. 0020149-17.2015.5.04.0014. Reclamante: Rosmeri Biancki de Oliveira. Reclamada: Panpharma Distribuidora de Medicamentos Ltda. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 09 de novembro de 2018. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/646776189/arr-201491720155040014/inteiro-teor-646776208?ref=juris-tabs>>. Acesso em 18 nov 2018.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Direitos da Filha e Direitos Fundamentais da Mulher**. Curitiba: Juruá, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre justiça e os crimes contra as mulheres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. 2 ed. Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>, acesso em 27 nov. 2019.

MARQUES, José Roberto. A mulher no mercado de trabalho. Instituto Brasileiro de Coaching. Goiânia, 22 abr. 2019. Disponível em <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/mercado-trabalho/mulher-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. 0010848-71.2016.5.03.0165. Reclamante: Pollyanna Millard Soares. Reclamada: Bcube Logistic Ltda. Relator: Convocado Danilo Siqueira de C. Faria. Belo Horizonte, 06 de março de 2018. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=4572>>. Acesso em 28 nov 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário. 0010114- 28.2015.5.01.0031. Reclamante: Danielle Ramos Pereira. Reclamada: Locadora de Máquinas Tingo Ltda. – EPP. Relatora: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Rio de Janeiro, 8 de março de 2017. Disponível em <<https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00101142820155010031>>. Acesso em 27 nov 2019.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 19.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário 0001748-64.2014.5.12.0019. Reclamante: Silvana Conceição Felix de Carvalho. Reclamada: Trada Portas Especiais Ltda. – ME. 1ª Vara do Trabalho de Jaraguá do Sul. Relator: Reinaldo Brando de Moraes. Florianópolis, 05 dez 2016. Disponível em <<https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/412832573/recurso-ordinario-trabalhista-ro-17486420145120019-sc-0001748-6420145120019/inteiro-teor-412832631?ref=juris-tabs>>. Acesso em 18 nov 2018.

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Letícia Marques Padilha¹

RESUMO: O dever de fundamentação das decisões judiciais implica em expor as razões de fato e de direito que conduziram o juiz àquela decisão, devendo existir uma exteriorização racional do convencimento do magistrado para comprovar a inexistência de arbitrariedades. No Brasil, por meio da análise histórica do instituto da fundamentação das decisões judiciais, é possível verificar que o assunto foi tratado, por diversas legislações, de diferentes origens e momentos políticos diversos. Teve origem no direito português com as Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) adotadas pelo direito brasileiro, após com o Regulamento 737 (1850), Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reafirmada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Dever de fundamentação. Decisões judiciais. Brasil.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar os antecedentes históricos do dever de fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro.

O assunto almeja contribuir para a sociedade esclarecendo a origem histórica do dever do julgador de fundamentar as decisões transmitindo segurança aos jurisdicionados que não podem ficar à mercê de um Poder Judiciário sem critérios. Assim como pretende colaborar junto ao mundo jurídico-acadêmico demonstrando a origem do dever de fundamentação das decisões judiciais no direito português culminando no Código de Processo Civil de 2015. O presente estudo intenta auxiliar para que se verifique a origem do dever de fundamentação no direito pátrio, auxiliando para amenizar as inquietações acerca das inúmeras decisões pesquisadas em alguns tribunais do país ausentes de fundamentação, se verificando uma total despreocupação com as partes, seus advogados e com a sociedade, dentre uma das razões da crise do Poder Judiciário.

¹Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS. Advogada OAB/RS 66.040. *E-mail:* leticiapadilha@uol.com.br

O tema é de suma importância no Estado Democrático de Direito, visto ser um Estado que se justifica para encontrar na justificação sua legitimidade e, a consequência dessa atividade jurisdicional se concretiza por meio da fundamentação das decisões judiciais.

Não há mais espaço numa democracia para sentenças que acobertem posições subjetivas de seu julgador sem a demonstração transparente e inequívoca dos argumentos.

Tem como objetivo o presente trabalho fazer uma reflexão consciente da importância e peso que tem o tema para o mundo jurídico. O objetivo primordial deste artigo é demonstrar a importância da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais por meio de um estudo histórico do assunto.

O trabalho está dividido em dois pontos centrais, no qual o leitor terá contato no primeiro com o conceito de fundamentação das decisões judiciais e no segundo acerca dos antecedentes históricos do dever de fundamentação no direito brasileiro.

Quanto aos tipos e técnicas de pesquisa será teórica, lastreada em bibliografia.

Tomar decisões sobre a vida e o futuro das pessoas não é tarefa fácil, exatamente por esse motivo a decisão deve ser analisada cuidadosa e criteriosamente, devendo o julgador despender a necessária atenção ao contexto que lhe é apresentado.

Não é novidade a quantidade enorme de processos que asoberbam o Poder Judiciário, todavia, não se pode querer julgá-los em lotes. Esse não é o papel atribuído ao Judiciário. A sociedade merece e tem direito de ter seus processos julgados em conformidade com os princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre eles, o dever de fundamentação das decisões judiciais.

1. FUNDAMENTAÇÃO

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram de decidir a lide daquele modo. A fundamentação² tem implicação substancial e não meramente formal, em que é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões colocadas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão (NERY JR.,

²Vários autores utilizam o termo “motivação”, todavia, a autora do presente trabalho adotará a nomenclatura “fundamentação”. Embora as palavras “motivação” e “fundamentação” tenham o mesmo significado, optou-se pela nomenclatura “fundamentação” com o suporte da legislação, tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como os diplomas processuais de 1939, 1973 e 2015 utilizam-se do termo “fundamentação”. Assim, o instituto será referido no trabalho como “fundamentação”, embora a eventual utilização do termo “motivação” não implique em prejuízos.

2016, p. 327). Ou seja, a fundamentação é *conditio sine qua non* à análise judicial das questões de fato e de direito apresentadas pelas partes, bem como exame, valoração e comparação das provas apresentadas.

Para Daniel Machado (2015, p. 75) fundamentar implica no dever de expor, de maneira lógica, as razões de fato e de direito que conduziram o juiz àquela decisão, devendo existir uma exteriorização racional do convencimento do magistrado para comprovar o distanciamento das arbitrariedades.

Para Michele Taruffo (1975, p. 265-268) a fundamentação é uma justificação racional de uma escolha realizada pelo magistrado ao acolher ou rejeitar as demandas das partes, devendo ser expostas razões suficientes a justificar a decisão de acordo com o contexto intersubjetivo. Dessa forma, a fundamentação se constitui num discurso justificativo, no qual o juiz enuncia e desenvolve as “boas razões” que fundamentam a legitimidade e a racionalidade da decisão.

Como assinalado por Michele Taruffo (1975, p. 381), a fundamentação é necessária para que o julgador de grau superior possa melhor julgar se a sentença deve ou não ser reformada. Por outro lado, a fundamentação também ajuda a definir a correta interpretação da norma e a uniformizar a jurisprudência, contribuindo, dessa forma, para o controle da legalidade das decisões judiciais, facilitando o controle burocrático e político da atuação dos juízes, em face da estrutura hierarquizada da magistratura.

Para Leonard Schmitz (2016, p. 414-415), a fundamentação, historicamente, é calcada em duas razões essenciais: impedir arbitrariedades e permitir o controle, por meio da possibilidade de interposição de recursos. A fundamentação é necessária porque o conhecimento das razões da decisão é o que possibilita a individualização dos erros cometidos pelo julgador ou de qualquer maneira os aspectos criticáveis da decisão.

Enrico Tullio Liebman leciona (1983, p. 80) que em um Estado de Direito, tem-se como exigência que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados com aplicação imparcial do direito vigente, e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente assim, é necessário que o magistrado exponha qual foi o caminho lógico que percorreu para se chegar à decisão. Dessa forma, a fundamentação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. Não pode o magistrado ir buscar outras explicações que não essa, ainda que eventualmente convincente.

O Estado Democrático de Direito é um estado que se justifica, para encontrar na justificação sua legitimidade. Esse fator de legitimidade das decisões e, como consequência da atividade jurisdicional, é concebido por sua fundamentação (SCHMITZ, 2016, p. 412).

A fundamentação no âmbito processual deve ser compreendida de acordo com sua função, ou seja, como um discurso destinado a justificar a decisão adotada pelo órgão jurisdicional, segundo as diferentes interpretações que se apresentam para o caso ou que são postuladas pelas partes. Por justificar deve se entender apresentar as razões que tornam a escolha racional, válida ou estável (TARUFFO, 1975, p. 108-109).

O conceito do dever de fundamentação das decisões judiciais nem sempre foi uma preocupação para o direito processual³. Como sinalizado por Gomes Filho (p. 2013, 69-70), a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia que está ligada ao próprio desenvolvimento do Estado moderno e de seu aparelho judiciário, às relações entre o indivíduo e a autoridade, a maneira de se estruturar ao processo em determinado momento histórico e cultural e, incluído ao tipo de responsabilidade do juiz frente à sociedade.

Enfim, a fundamentação das decisões judiciais obriga o magistrado a expor de modo lógico seu raciocínio para chegar a determinada solução da lide. Ou seja, o juiz deve demonstrar o caminho percorrido para se chegar à decisão. Trata-se de uma obrigação do juiz e um direito das partes, ou melhor, direito de todos os cidadãos diante de um Estado Democrático de Direito.

³“O surgimento do direito processual como ‘ciência’, com metodologia, princípios e instituições próprias, coincidiu com as grandes construções teóricas influenciadas pelas vertentes racionalistas, nos primeiros anos do século XIX. Na medida em que os eventos da história obedecem mais ou menos ao princípio da continuidade, salvo nas épocas das grandes rupturas e dos grandes movimentos, o direito processual não teve uma história diferente. Recebeu, também, o influxo da cultura dos séculos anteriores e das heranças deixadas pelas escolas, pelos intelectuais e pela multiplicidade de fontes provindas do medievo. Nesse contínuo já se poderia vislumbrar, de um lado, uma ciência afeita à abstração e generalidade, expressão da codificação, de outro, uma ciência voltada aos conceitos, resultado do conceitualismo. Não havia lugar para a singularidade dos casos e dos respectivos procedimentos. Processo como ciência. Procedimento como praxismo anacrônico. Daí foi um passo para que as preocupações dos juristas da época se voltassem para a forma associada à relação processual em si mesma, às duas condições e pressupostos, cumprindo, assim, o catálogo positivista de simples redução do fenômeno processual à forma.” (SALDANHA, 2011, p. 166-167).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

No Brasil, por meio da análise histórica do instituto da fundamentação das decisões judiciais, é possível verificar que o assunto foi tratado, por diversas legislações, de diferentes origens e momentos políticos diversos.

O dever de fundamentação das decisões no Brasil surgiu com o direito português por meio das Ordenações - Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Daí dizer-se que é tradição do direito luso-brasileiro a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais (NERY, 2016, p. 325).

Em 1603, foram promulgadas por Filipe I, as Ordenações Filipinas, grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1986, p. 68).

A primeira fase da Colônia se deu, no âmbito jurídico, sob as Ordenações Afonsinas, em 1456.

As Ordenações Afonsinas, no tocante à fundamentação das decisões, não trouxeram previsão expressa, perdurando tal ordem jurídica pouco mais das duas primeiras décadas do descobrimento do Brasil. Em 1521 surgiram as Ordenações Manuelinas, sob o reinado de Dom Manuel, perduraram até 1603.

Previam as Ordenações Manuelinas que os juízes deveriam fundamentar suas decisões, no título *Das sentenças definitivas*, com o seguinte texto:

Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fora, posto que cada hun dos sobreditos Letrados nom sejam, e quesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que sentenças definitivas poserem, declarem em suas sentenças (assi na primeira instancia, como na causa de'apellaçam, ou agravo, ou na causa da revista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou confirmar. Ou revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem suas sentenças. (ZAVARIZE, 2004, p. 31).

Para Rogério Zavarize (2004, p. 31), as Ordenações Manuelinas explicitavam ainda que o dever de motivação tinha por objetivo, além de proporcionar às partes o conhecimento

das causas de decidir, permitir que os juízes de instância superior compreendessem os fundamentos da decisão recorrida.

Em 1603 surgem as Ordenações Filipinas, que em seu livro III disciplinava o processo civil, dominado pelo princípio do dispositivo e movimentado somente pelo impulso das partes, em que o procedimento se dava por meio de forma escrita e se desenvolvia de fases rigidamente distintas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1986, p. 68).

A conquista da independência política não levou o Brasil a rejeitar, em bloco, a legislação lusitana. O país herdou de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores. As Ordenações Filipinas, por força do decreto de 20 de outubro de 1823, continuaram a vigorar no Brasil após a independência, em 1822, em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1986, p. 68).

No referido decreto, em capítulo denominado *Das sentenças diffinitivas*, constava no livro III, título LXVI, § 7º, a seguinte disposição:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhos os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não sejam, decclarem especificamente, em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso de appelação ou agravo ou revista, as causas, em que fundaram a condenar ou absolver ou a confirmar, ou revogar. (ZAVARIZE, 2004, p. 32-33).

A referida norma estabelecia para os juízes de todas as instâncias o dever de fundamentar as sentenças definitivas. O objetivo era de ordem técnica, visando à racionalização da atividade judiciária, por meio da oportunidade que se dava às partes de fundamentar seus recursos, e aos juízes de segunda instância de conhecer as razões das sentenças recorridas. A penalidade para o magistrado que descumprisse o preceito legal era de multa em benefício da parte. Não havia pena de nulidade da sentença omissa (FERNANDES, 2005, p. 27).

As próprias Ordenações eram bem explicativas, esclarecendo que a obrigação de fundamentação se estendia a todos os magistrados de todas as alçadas, e definia os objetivos, dos quais os principais eram proporcionar às partes o conhecimento das razões da decisão e permitir que os juízes da maior alçada sentissem melhor os fundamentos adotados.

Na época, não havia a previsão para a nulidade da decisão não motivada, porém a penalidade imposta ao prolator da decisão imotivada era o pagamento de multa no valor de “vinte cruzados”, e havendo interposição de recursos (agravo ou apelação), deveria ainda o juiz pagar “dez cruzados” para a parte que experimentou o prejuízo (ZAVARIZE, 2004, p. 32).

Hugo Pereira (2012, p. 31) assevera que nas ordenações Filipinas não havia qualquer tipo de nulidade processual ao não atendimento ao princípio da motivação das decisões judiciais. A previsão normativa estabelecia apenas uma observação de cunho procedimental para que os juízes expusessem suas razões decisórias no julgado, sem que para isso existisse obrigatoriedade no atendimento dessa sugestão legal.

Como já referido, apesar da independência em relação a Portugal, por muito tempo o país se utilizou das normas processuais advindas do Direito português, até a promulgação, em 25 de novembro de 1850, do Regulamento 737, inicialmente com seu âmbito de incidência em causa de natureza comercial, e que após a promulgação da República, passou a servir como diploma das relações cíveis e mercantis, que previa a fundamentação da sentença em seu artigo 232⁴. O Regulamento 737 foi editado pelo governo imperial, sendo o primeiro código processual elaborado no Brasil.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (1986, p. 70), esse Regulamento dividiu os processualistas, foi considerado “um atestado da falta de cultura política, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado”; e foi elogiado como “o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América”. Numa perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável sob o ponto de vista da técnica processual, especificamente no tocante à economia e a simplicidade do procedimento.

Esse Regulamento foi o primeiro texto nacional que determinou o dever de fundamentação das decisões judiciais (RODRIGUES; FERREIRA, 2015, p. 85).

Para Sérgio Nojiri (2000, p. 28), o Regulamento 737 foi o primeiro ato legislativo genuinamente nacional que previa a fundamentação das decisões.

⁴“Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo que se funda.” (BRASIL, 1850).

O Regulamento 737 representou um avanço no direito brasileiro, mais precisamente no direito processual do país que como já dito durante anos se utilizou das normas processuais portuguesas mesmo após sua independência.

O Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, do Governo Provisório da República, determinava a aplicação do Regulamento 737 às causas cíveis, e continuaram a reger-se pelas Ordenações os processos não disciplinados pelo Regulamento, como eram alguns procedimentos especiais e de jurisdição voluntária. O Decreto n. 5.561, de 1905, foi responsável pela regulamentação da Lei n. 1.338/1905, determinava o Decreto que considerasse não fundamentado e nulo o acordão, sentença ou despacho que se reportasse apenas às alegações das partes ou outro ato decisório. Já o Decreto n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911, o art. 259 permitiu expressamente que o acordão confirmasse a sentença por seus próprios fundamentos, deixando de existir a nulidade prevista pelo Decreto n. 5.561/1905 (ZAVARIZE, 2004, p. 34).

Após a promulgação da Constituição de 1891, primeira após a proclamação da República, aos Estados foi permitido legislar sobre direito processual, garantindo autonomia para que os entes pudessem criar suas próprias normas. Alguns códigos estaduais transcreveram quanto à fundamentação das decisões o contido no Regulamento 737.

Em alguns Estados como Minas Gerais⁵ e Pernambuco⁶, a legislação local foi além, com divagações inúteis do que não deveria constar numa sentença. Em outros Estados, como São Paulo, estava despreparado para legislar sobre a matéria, somente promulgando seu código estadual em 1930. O Estado de São Paulo⁷ foi além, trouxe a previsão em seu código da cominação de pena de nulidade para as sentenças imotivadas.

Foi um período de dualidade processual estabelecido pela Constituição Republicana de 1891, pois por razões políticas o legislador constituinte optou por conceder ao poder decorrente estadual a possibilidade de editar normas específicas de cunho processual no

⁵“Art. 382. A sentença deve ser clara, concisa, sem divagações científicas, escripta, datada e assignada pelo juiz e conter: 1º os nomes das partes; 2º um relatório summario do pedido e da defesa, com os respectivos fundamentos, e das provas aduzidas; 3º os motivos precisos da decisão, declarando a lei, o uso, o estylo, ou principios geraes de direito, em que se fundar.” (DANTAS, 2012, p. 71).

⁶“Art. 388. A sentença deve ser clara, concisa, sem divagações inuteis, escripta, datada e assignada pelo juiz e conter: 1º o nome das partes; 2º um relatório summario do pedido e da defesa, com os respectivos fundamentos, e das provas produzidas; 3º os motivos precisos da decisão, com indicação da lei, uso estylo ou principios geraes de direito em que se fundar.” (DANTAS, 2012, p. 72).

⁷“Art. 333. A sentença, que será escripta, datada e assignada pelo juiz, deverá conter, sob pena de nulidade: I – O nome das partes; II – O relatório do pedido e da defesa; III – Os fundamentos da decisão, de facto e de direito.” (DANTAS, 2012, p. 71).

âmbito da cada Estado membro da federação. Embora o Regulamento 737 continuasse servindo de parâmetro e fonte de direito processual, os Estados membros acabaram por editar normas estaduais voltadas para o atendimento de cada peculiaridade regional (PEREIRA, 2012, p. 32).

Hugo Pereira assevera importante ponderação no tocante à concessão aos Estados de edição de normas de direito processual:

Logicamente que de uma política dominada pelas oligarquias de proprietários rurais, somente poderíamos esperar códigos estaduais voltados para a restrição de direitos fundamentais e instauração de privilégios aos detentores do poder político. Ao invés de disseminar instrumentos de instância contra majoritária, os códigos estaduais vieram fortificar as forças políticas dominantes, possibilitando uma perpetração indevida do coronelismo e das arbitrariedades judiciais. Evidentemente que o princípio da motivação das decisões judiciais passou a constar dos diplomas processuais estaduais, mesmo que como norma à disposição da manutenção das estruturas de poder e não posta para utilização dos jurisdicionados. Como elementos de inovação, devemos destacar as passagens dos códigos dos Estados de Minas Gerais e de Pernambuco que previam que as sentenças não deveriam conter divagações inoportunas e os diplomas de São Paulo, Paraná e Santa Catarina que, em caráter inverso, elencavam a redação formalizada e ritualizada como meio de impedimento de nulidade das sentenças. (PEREIRA, 2012, p. 32-33).

Por meio da política do Estado Novo e da política de enfraquecimento das oligarquias de proprietários rurais, com a disseminação de um Estado centralizado, restou restabelecida a unidade legislativa com a Constituição de 1937⁸ que retirou a competência dos Estados membros para editar normas de direito processual, estabelecendo a competência privativa da União para legislar em matéria processual.

E em 18 de setembro de 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil, Decreto-lei 1.608, restando estabelecido, em seus artigos 118 e 280⁹, o dever de fundamentar as sentenças judiciais. Importante destacar a omissão do diploma processual de 1939 acerca da necessidade de fundamentação das decisões interlocutórias.

Para Moacyr Amaral Santos (1985, p. 56), o Código de Processo Civil de 1939 tinha virtudes, como a adoção de modernas doutrinas que tomavam o processo como instrumento

⁸“Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XVI – o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual.” (BRASIL, 1937).

⁹“Art. 118. [...]. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. [...]. Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.” (BRASIL, 1939).

do Estado no desempenho da função jurisdicional, mas também defeitos, pois não conseguiu melhorar a justiça brasileira.

No diploma processual de 1939 não havia previsão expressa no tocante à cominação de pena de nulidade para os casos de ausência de motivação da sentença. Todavia, era admitida a aplicação de tal penalidade, caso contrário, a sentença não comporia a lide com Justiça (CRUZ E TUCCI, 1987, p. 62).

Um aspecto interessante no sistema do Código de Processo Civil de 1939 é de que os motivos da sentença faziam coisa julgada, por força do disposto no art. 287, parágrafo único¹⁰.

O Código de Processo Civil de 1973, promulgado pela lei n. 5.869, seguindo entendimento do diploma processual anterior, trouxe em seus artigos 131, 165 e 458¹¹ a obrigação do magistrado de indicar na sentença os fundamentos que lhe formaram o convencimento.

O artigo 131 tratou da livre apreciação da prova, com a indicação dos motivos que levaram o magistrado a formar seu convencimento. Já o artigo 165 previa que as sentenças e acórdãos seriam proferidos com a observância do disposto no artigo 458 do mesmo diploma legal, devendo as demais decisões também motivadas, ainda que concisamente. E o artigo 458 dispunha em seus incisos os requisitos essenciais da sentença, comprometendo o ato a ausência de qualquer um dos requisitos.

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Emenda Regimental n. 3, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 12 de junho de 1975, criou o instituto da arguição de relevância da questão federal. Em sua apreciação, a teor do art. 308, § 4º, VIII e IX, do Regimento Interno, a sessão secreta dispensava motivação, da ata da sessão que se publicava constava somente a relação das arguições acolhidas e rejeitadas (ZAVARIZE, 2004, p. 37).

¹⁰“Art. 287 [...] Parágrafo único: Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.” (BRASIL, 1939).

¹¹“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo os fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso. Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.” (BRASIL, 1973).

As arguições eram um expediente utilizado para aliviar o enorme volume de recursos extraordinários enviados ao Supremo Tribunal Federal, por não necessitarem de fundamentação. Eram definidas “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa”, ou seja, o cabimento do recurso extraordinário se sujeitava ao critério do que se entendia como relevantemente moral, econômico, político ou social, conceitos vagos e indeterminados (NOJIRI, 2000, p. 71).

Ainda que não existisse expressa previsão constitucional acerca da obrigatoriedade da fundamentação das decisões, a arguição de relevância da questão federal foi taxada de inconstitucional. Tal entendimento restou justificado pelo dever de fundamentação ser deduzido do art. 150, § 4º,¹² da Constituição Federal de 1967, como desdobramento do direito de ação, e face à competência do Supremo Tribunal Federal para disciplinar o processamento dos julgamentos observando os princípios consagrados na legislação processual comum (ZAVARIZE, 2004, p. 37-38).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou o instituto da “arguição de relevância”. A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais não encontra nenhuma exceção em nosso *ordo juris* contemporâneo. Nenhuma norma pode, segunda a atual sistemática jurídica brasileira, restringir o direito do cidadão de conhecer as razões da decisão proferida pelo magistrado. Qualquer lei que venha a ser promulgada nos moldes daquela “arguição de relevância” deve ser tachada de inconstitucional (NOJIRI, 2000, p. 71).

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988 não trouxeram expressamente a previsão do princípio e da garantia à fundamentação das decisões. Até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fundamentação das decisões era prevista apenas em normas infraconstitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a Emenda Constitucional n. 45/2004¹³, reformulou o artigo 93, inciso IX¹⁴, quanto à obrigatoriedade

¹²“Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” (BRASIL, 1967).

¹³A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31.12.2004, determinou significativas mudanças no Poder Judiciário, conhecida por “Reforma do Judiciário” (BRASIL, 2004).

¹⁴“Art. 93, *caput*. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação

de fundamentação de todas as decisões judiciais, como dever a ser cumprido por todos os órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

A Constituição Federal normalmente, não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e deveres. Entretanto, a ausência de fundamentação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, impôs no texto constitucional a pena de nulidade (NERY, 2016, p. 333-334).

A fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro, elevada a cânone constitucional adquiriu, explicitamente, função endo e extraprocessual¹⁵, por meio da conjugação do dever de fundamentar, com a publicidade dos julgamentos. Todavia, não foi a exigência de racionalidade do sistema, nem a inteireza do ordenamento jurídico, tampouco as razões de cunho político e ideológico que determinaram o dever de fundamentar as sentenças, à dignidade constitucional. A função de garantia, proveniente da necessidade de segurança jurídica, após o período ditatorial, determinou a reserva constitucional do princípio da obrigatoriedade da fundamentação (FERNANDES, 2005, p. 31).

A inserção do dispositivo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi medida de indubitável prudência. Não resolveu todas as anomalias verificadas na praxe forense, quais sejam, decisões imotivadas ou parcialmente motivadas, sob a chancela de um inaceitável entendimento jurisprudencial de que o magistrado não está obrigado a se manifestar de todas as alegações realizadas pelas partes. De qualquer forma, a previsão constitucional deu nova dignidade à garantia, assentando definitivamente que todas as decisões, independente da espécie ou do órgão prolator, devem ser motivadas. Dúvida não há de que o artigo 93, inciso IX, é de suma importância, impôs verdadeira dignidade

do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...].” (BRASIL, 1988).

¹⁵“Enquanto prevista pelo legislador constitucional, a obrigatoriedade da motivação, já se viu, pode ser concebida como “modalidade necessária para o válido exercício do poder jurisdicional enquanto tal e não vista de escopos internos ao processo”, perspectiva em que emerge sua função *extraprocessual*. Enquanto requisito imposto à sentença pelo legislador ordinário, no Código de Processo Civil, pode-se afirmar, de modo simplificado, que a obrigatoriedade da motivação da sentença tem também a cumprir uma função *endoprocessual*, que consiste essencialmente em permitir que as partes exercitem o seu direito de recorrer, partindo do conhecimento das razões do julgado, além de ainda facilitar o controle das decisões e a uniformização da jurisprudência pelas instâncias superiores. Perante as partes os motivos de fato e de direito que integram a decisão têm, entre tantas, a finalidade de permitir a precisa determinação do julgado e seu conteúdo, facilitar sua correta interpretação, assim como tornar evidentes, na sentença, os vícios *in iudicando* que poderão ser objeto de impugnação, assim como a formulação das razões do recurso, sendo, pois, a motivação, nesse sentido, garantidora da efetividade do direito de recorrer de que dispõem as partes, e que não pode ser obstado” (PERO, 2001, p. 69-70).

constitucional ao dever de fundamentação que decorre do inafastável vínculo com o Estado de Direito (LUCCA, 2016, p. 122).

Importante salientar os ensinamentos de Rodrigo Lucca acerca da importância do dever de fundamentação das decisões judiciais no contexto histórico:

O dever de motivação afasta a concepção enraizada por séculos na consciência coletiva de que as decisões judiciais, por serem manifestações de autoridade e poder, não precisam ser justificadas, e aloca o poder jurisdicional no mesmo plano do jurisdicionado, impondo-lhe a prestação de contas de seus atos àqueles que compõem a fonte do seu próprio poder. O dever de motivação é, portanto, uma garantia inerente ao Estado de Direito. Um autêntico produto da superação da lógica absolutista de que o indivíduo estava abaixo do rei pela lógica iluminista de que o Estado serve para realizar o indivíduo. Como diria Calamandrei, “o juiz não se contenta mais em comandar, não se limita mais ao ‘*sic volo sic iubeo*’ pronunciado do alto de seu trono, mas desce ao nível do jurisdicionado e, enquanto comanda, procura explicar-lhe a racionalidade daquele comando”.

Toda a decisão jurisdicional imotivada é, invariavelmente, uma decisão ilegítima e arbitrária. Sem a adequada exposição racional das razões que o justificam, o ato decisório adquire feições subjetivistas e torna impossível o controle da atividade do magistrado tanto em relação ao convencimento fático como em relação à interpretação e aplicação do Direito.

A exigência de motivação, portanto, liga-se à irrefutável necessidade de se demonstrar que a decisão tomada pelo magistrado é *legítima e correta*, tanto porque decorrente de um devido processo legal, como porque aplicado o Direito material previamente estipulado pelo legislador e conhecido pelas partes, seus advogados e toda a sociedade. (LUCCA, 2016, p. 123-124).

Após vinte sete anos da Constituição da República Federativa do Brasil, vem mais uma vez a legislação infraconstitucional regular a fundamentação das decisões judiciais por meio da Lei n. 13. 105/2015, de 16 de março de 2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil após anos de debates jurídicos (2010-2014) apresenta-se uma nova codificação buscando promover uma atualização na maneira de desenvolver o processo.

Como assinalado por Oliveira Neto (2008, p. 193-194), embora constitua dever do juiz fundamentar toda a decisão proferida, a extensão e interpretação dada ao vocábulo fundamentação, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda gera muitas controvérsias, a ponto de tornar-se comum a legislação infraconstitucional reafirmar o princípio.

Surge o processo civil do século XXI, seguindo em frente neste novo milênio em prol de soluções eficazes e em tempo razoável¹⁶. Hoje a preocupação alcança os fins almejados,

¹⁶Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. [...]. Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015b).

uma visão teleológica que o processo contemporâneo tem para os nossos dias. Esse seguir em frente concretiza-se a cada pensamento legislativo, após inúmeros debates públicos por meio de audiências para os referidos fins, de emendas ao projeto, de infundáveis discussões em plenário e de participação de órgãos de classe envolvidas diretamente com intento processual. Enfim, num clima de diálogo para o encontro de um denominador comum, culminando num novo modelo processual. O novo Código de Processo Civil de 2015¹⁷ constitui uma nova ferramenta de perspectivas principiológicas de instrumentalidade e transformação (PANZA, 2015, p. 139-140).

Assim, inserido no contexto das mudanças do direito no quadro do Estado Constitucional, o legislador de 2015, buscando adensar o conteúdo do direito fundamental à fundamentação, deu atenção especial à matéria no novo Código de Processo Civil, pela primeira vez densificando em termos de direito positivo e de forma analítica o conteúdo do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (MOTTA, 2015, p. 151).

Como salientado por Luiz Osório Panza (2015, p. 141), preocuparam-se os novos estudiosos sobre o tema da perspectiva constitucional do novo modelo processual, a ponto do novo CPC ter nas suas normas fundamentais uma repetição dos comandos constitucionais. Não havendo a possibilidade de hodiernamente haver uma dissociação entre a Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação infraconstitucional, principalmente pelo momento neoconstitucional¹⁸ vivido pela sociedade, que eleva os princípios fundamentais como alicerces essenciais da nova ordem jurídica, cujo avanço deu-se após o fim da Segunda Guerra Mundial. Os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 orientam a construção das normas inferiores dando estrutura e segurança aos ordenamentos.

Tem-se que observar o novo diploma com entrada em vigor no ano de 2016 como uma visão futurista da prestação jurisdicional com instrumentalidade e efetividade.

¹⁷Em 08 de junho de 2010 foi apresentado ao Congresso Nacional o Anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro, sendo convertido no Projeto de lei do Senado n. 166/2010. Após, foi remetido para a Câmara de Deputados onde foi recebido como Projeto de lei n. 8.046/2010 (JOBIM, 2016).

¹⁸Foi apelidado de neoconstitucionalismo o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico e com pretensão à efetividade, verificado a partir de meados do século XX, como resultado das lições aprendidas com os horrores da Segunda Guerra Mundial. O neoconstitucionalismo representa a consagração da força normativa da Constituição, com a aplicação direta e imediata de suas normas, cujo grau de eficácia estará sujeito apenas, aos limites reconhecidos pela própria Constituição e aos limites imanentes da harmonia entre normas constitucionais (MARTINS, 2006).

Enfim, pode-se dizer que a existência da fundamentação das decisões judiciais, em que pese ter sido elevada a nível constitucional somente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é verdadeira tradição no ordenamento jurídico brasileiro, com origem no direito português com as Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) adotadas pelo direito brasileiro, após com o Regulamento 737 (1850), Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reafirmada pelo Código de Processo Civil de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado no presente trabalho é de suma importância para a sociedade e para o mundo acadêmico-jurídico, visto vivermos num Estado Democrático de Direito que se justifica para encontrar na justificação sua legitimidade e, a consequência dessa atividade jurisdicional se concretiza por meio da fundamentação das decisões judiciais.

A fundamentação é uma justificação racional de uma escolha realizada pelo magistrado ao acolher ou rejeitar as demandas das partes, devendo ser expostas razões suficientes a justificar a decisão de acordo com o contexto intersubjetivo. Constitui num discurso justificativo, no qual o juiz enuncia e desenvolve as razões que fundamentam a legitimidade e a racionalidade da decisão.

No Brasil, por meio da análise histórica do instituto da fundamentação das decisões judiciais, é possível verificar que o assunto foi tratado, por diversas legislações.

O dever de fundamentação das decisões no Brasil surgiu com o direito português por meio das Ordenações - Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Apesar da independência em relação a Portugal, por muito tempo o país se utilizou das normas processuais advindas do Direito português, até a promulgação do Regulamento 737, inicialmente com seu âmbito de incidência em causa de natureza comercial, e que após a promulgação da República, passou a servir como diploma das relações cíveis e mercantis, que previa a fundamentação da sentença.

Em 18 de setembro de 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil, Decreto-lei 1.608, em que restou estabelecido o dever de fundamentar as sentenças judiciais.

O Código de Processo Civil de 1973, promulgado pela lei n. 5.869, seguindo entendimento do diploma processual anterior, trouxe a obrigação do magistrado de indicar na sentença os fundamentos que lhe formaram o convencimento.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, reformulou o artigo 93, inciso IX, quanto à obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, como dever a ser cumprido por todos os órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

Após vinte sete anos da Constituição da República Federativa do Brasil, vem mais uma vez a legislação infraconstitucional regular a fundamentação das decisões judiciais por meio da Lei n. 13. 105/2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil após anos de debates jurídicos apresenta-se uma nova codificação buscando promover uma atualização na maneira de desenvolver o processo.

Diante das considerações realizadas no presente artigo é possível concluir que na sociedade contemporânea se deseja que as decisões sejam legítimas, dotadas de autoridade, mas, sobretudo, que sejam decisões justificadas.

A responsabilidade do juiz converteu-se na responsabilidade de justificar as suas decisões, expondo as razões pelas quais se chegou a tal posicionamento. Assim, o exercício concreto do poder jurisdicional efetua-se por meio de um procedimento que culmina em uma decisão fundamentada em argumentos racionalizados.

É característica essencial de uma sociedade democrática a justificação racional das decisões, somada a convicção de que existe a possibilidade de contar com critérios objetivos de racionalidade da justificação de decisões judiciais. É um imperativo constitucional que obriga os juízes e tribunais a fundamentar suas decisões.

Em síntese, deve ser sempre observado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, visto que sua ausência enfraquece o Estado Democrático de Direito, e é vista como uma das causas da crise do Poder Judiciário.

O tema demanda um amplo estudo pelos doutrinadores e observância pelos profissionais do direito, o que se leu no decorrer deste trabalho foi apenas uma parte da importância que o tema reflete.

Assim, a pergunta que fica é: nos dias de hoje com o aprimoramento da técnica do dever de fundamentação das decisões prevista no Código de Processo Civil de 2015, ainda cabe nos depararmos com decisões solipsistas?

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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/113105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DANTAS, André Ribeiro. O dever de fundamentação das decisões judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 416, p. 69-88, jul./dez. 2012.

FERNANDES, José Henrique Lara. **A fundamentação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JOBIM, Marco Félix. **Teoria, história e processo**: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão – reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 78-81, jan./mar. 1983.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Coleção Jornada de Estudos ESMAF**, Brasília, v. 26, p. 67-88, maio 2015.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). Princípios processuais civis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 193-214.

PANZA, Luiz Osório Moraes. O dever de fundamentação no novo CPC: A justificação/fundamentação no âmbito administrativo. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 137-174.

PEREIRA, Hugo Filardi. **Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Raphael Silva; FERREIRA, Luana Cristina. A motivação das decisões judiciais e o julgamento imediato de pedidos repetitivos: uma análise com base no CPC/1973 e no CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, p. 82-92, nov. 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição**: proposta e estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. **Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15**. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 411-450.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium, 2004.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E AS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

Luísa Barbisan Mortari¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a violência contra a mulher no âmbito da internet, analisando os impactos negativos que a divulgação de imagens íntimas sem consentimento da vítima acarreta em sua vida. Ainda, abordam-se breves considerações sobre os conceitos de violência e de gênero, bem como analisam-se as espécies de violência contra a mulher expressas na Lei Maria da Penha e suas características.

Palavras-chave: Gênero. Violência contra a mulher. Internet. Divulgação de imagens íntimas sem o consentimento da vítima.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o presente estudo aborda breves considerações acerca da violência e do gênero, buscando demonstrar a importância dessas concepções. Posteriormente, busca-se analisar as espécies de violência praticadas contra as mulheres que estão previstas expressamente na Lei Maria da Penha, elencando as principais características de cada espécie. Por fim, faz-se uma análise acerca do crime de divulgação de imagens íntimas sem o consentimento da vítima pelos meios eletrônicos e a gravidade das consequências negativas advindas deste crime em suas vidas.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA E DO GÊNERO

Ao conceituar a violência, o autor Paulo Marco Ferreira Lima delimita que trata-se de “um fenômeno extremamente complexo que afunda suas raízes na interação de muitos fatores biológicos, sociais, culturais, econômicos e políticos cuja definição não pode ter exatidão científica, já que é uma questão de apreciação”². A concepção do que são “comportamentos aceitáveis e inaceitáveis, ou do que constitui um dano, está influenciada

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Inscrita na OAB/RS sob n. 116009. Endereço de e-mail: luisa.lbm@hotmail.com.

² LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54.

pela cultura e submetida a uma contínua revisão à medida que os valores e as normas sociais evoluem”³.

Nessa linha, “a conceituação de violência está sujeita a transformações sociais, culturais, históricas e jurídicas. Condutas que eram consideradas legítimas sofreram modificações ao longo dos tempos e hoje são rotuladas de atos violadores”⁴.

Para Tamara Amoroso Gonçalves, o debate e a definição do termo gênero iniciaram-se no “campo das ciências sociais, por impulso de teóricas feministas que buscavam a desconstrução de teorias que, fundadas em aspectos biológicos, determinavam papéis sociais restritos e compulsórios para homens e mulheres”⁵, excluindo-as, principalmente, da “arena pública e as apartando da esfera privada e do cuidado, respectivamente”⁶.

Assim, “é relevante para o direito penal a prevenção da violência de gênero, isto é, o dever de acautelar e evitar os danos individuais e coletivos derivados da violência de gênero e o correlativo direito à prevenção dos danos derivados da falta de defesa”⁷.

Importante destacar que “os estudos de gênero inseriam-se (e ainda se inserem) em um projeto político que visa implodir as assimetrias de poder historicamente construídas entre homens e mulheres”⁸.

Segundo Paulo Marco Ferreira Lima, “há muito tempo as organizações de mulheres em todo o mundo vieram denunciando a violência contra a mulher, em particular a infligida por seu companheiro”⁹. Diante dos esforços dessas organizações, “a violência contra a mulher na relação de casal se converteu em um motivo de preocupação internacional”¹⁰.

Desse modo, “é possível observar como o conceito de gênero, inserido em uma academia influenciada pela prática feminista, contribuiu para promover importantes deslocamentos sociais”¹¹. No âmbito jurídico, “proporcionou visibilidade à violação de

³ LIMA, 2013, p. 54.

⁴ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46-47.

⁵ GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

⁶ GONÇALVES, 2013, p. 42.

⁷ LIMA, 2013, p. 55.

⁸ GONÇALVES, 2013, p. 42.

⁹ LIMA, 2013, p. 60.

¹⁰ LIMA, 2013, p. 60.

¹¹ GONÇALVES, 2013, p. 64.

direitos humanos das mulheres, ampliando sua esfera de proteção, que passou a incidir também em espaços da vida privada, como a própria moradia”¹².

Ante o exposto, nota-se que a problemática da violência doméstica saiu da esfera familiar e “passou a ser problema do Estado, a ofendida, portanto, não é só a vítima que é violentada, a reprodução da violência sofrida passa de geração para geração, tornando-se então problema de todos”¹³.

Complementando essa visão, Maisa Campos Guimarães e Regina Lucia Sucupira Pedroza, explanam que “esse olhar contextualizado histórico, político e culturalmente permite, nesse aspecto, que a situação das violências domésticas contra as mulheres deixe de ser vista de modo naturalizado, individualizado e segmentado”¹⁴. A violência doméstica praticada contra mulheres passa a ser tratada “como um problema social, complexo e multifacetado, configurado tanto como uma questão de saúde pública como de garantia e respeito aos direitos humanos”¹⁵.

2. DAS ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA

As vítimas, muitas vezes, não possuem conhecimento “quer a dimensão criminal dos atos violentos exercidos contra si quer os seus direitos. Não se identificam, em muitos casos, como vítimas e não procuram a ajuda a que têm direito”¹⁶. Todavia, há

momentos em que, por efeito de uma escalada da violência sofrida, um ataque mais violento aos filhos, efeito de “saturação” ao longo dos anos de vitimação, efeito de informação obtida através dos meios de comunicação social, novelas e filmes, conversas no trabalho, nos espaços comerciais, transportes públicos, centros de saúde, escolas, etc., acabam por ultrapassar as resistências e obstáculos e tomar a decisão de romper com a situação violenta¹⁷.

¹² GONÇALVES, 2013, p. 64.

¹³ LIMA, 2013, p. 62.

¹⁴ GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: Problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia e Sociedade*. Brasília, p. 256-266, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 263.

¹⁵ GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: Problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia e Sociedade*. Brasília, p. 256-266, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 263.

¹⁶ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019.

¹⁷ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Disponível

Nessa senda, “o direito penal deve assegurar às vítimas, dos bens por ele tutelado, sua eficaz proteção. De tal modo que, se determinado grupo ou pessoas sofre com desacertos sociais, deve socorrê-los com a tutela diferenciada desses”¹⁸.

Para Valéria Diez Scarance Fernandes, “a Lei Maria da Penha utilizou o termo “violência” como uma violação a direito da mulher”¹⁹. Desse modo, “a tradicional distinção entre “ameaça” e “violência” (física) deixa de existir quando se trata de violência doméstica e familiar”²⁰.

A violência doméstica ou conjugal é “exercida de múltiplas formas e tende a aumentar em frequência, intensidade e, logo, gravidade dos atos perpetrados (e risco para a vítima)”²¹.

Assim, o comportamento do agente (ação ou omissão) que ocasione sofrimento mental, físico, moral ou lesão patrimonial “em razão do gênero, nas situações previstas no art. 5º – âmbito da unidade doméstica, âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto –, configura violência regulada pela Lei Maria da Penha”²².

O artigo 7º da Lei Maria da Penha expressamente prevê as formas de violência contra a mulher: física, sexual, psicológica, moral e patrimonial.

Considera-se violência psicológica “qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição de autoestima ou lhe prejudique ou perturbe seu pleno desenvolvimento, saúde psicológica ou autodeterminação”²³, isto é, “qualquer dano emocional, de humilhação ou ridicularização que venha a sofrer a mulher”²⁴.

Ademais, a violência psicológica consiste em criticar, menosprezar, humilhar ou insultar a vítima, em público ou privado, por meio de palavras ou atitudes; “criticar

em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019.

¹⁸ LIMA, 2013, p. 58.

¹⁹ FERNANDES, 2015, p. 48.

²⁰ FERNANDES, 2015, p. 48.

²¹ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019.

²² FERNANDES, 2015, p. 57-58.

²³ LIMA, 2013, p. 67.

²⁴ LIMA, 2013, p. 67.

negativamente todas as suas ações, características de personalidade ou atributos físicos; gritar para atemorizar a vítima; destruir objetos com valor afetivo para ela”²⁵, entre outros.

Por sua vez, a violência física contra a mulher pode ser definida como “qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal (art. 7º, I, da Lei n. 11.340/2006)”²⁶. Logo, “consiste em provocar, dolosamente, com ou sem marcas aparentes, danos à saúde ou integridade física da mulher”²⁷. Importante ressaltar que,

nem sempre a violência contra a mulher tem início com a agressão corporal. Ao contrário, na maioria dos casos, o homem inicia a dominação com a violência moral e psicológica até que a situação evolui para a agressão física, no momento em que a mulher já está fragilizada e não pode ofertar resistência. Os ataques físicos, graças ao ciclo da violência que se estabelece, tendem a se repetir e a se tornarem cada vez mais gravosos²⁸.

Os atos de violência física englobam “comportamentos que podem ir desde formas menos severas de violência física até formas extremamente severas, das quais resultam lesões graves, incapacidade permanente ou mesmo a morte da vítima”²⁹.

Para Paulo Marco Ferreira Lima, a violência patrimonial caracteriza-se por “qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais”³⁰. Ainda, “rompendo com o tradicional conceito de violência (como a agressão física), adota-se o conceito de violência patrimonial como conduta violadora dos direitos patrimoniais da mulher”³¹.

A violência moral define-se como o comportamento que configure injúria, calúnia ou difamação³². Destaca-se que o crime de injúria ofende a honra subjetiva da vítima, enquanto os crimes de difamação e calúnia ofendem a honra objetiva da vítima. A violência moral é “uma das formas mais comuns de dominação da mulher. Xingamentos públicos e

²⁵ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019.

²⁶ FERNANDES, 2015, p. 59.

²⁷ FERNANDES, 2015, p. 59.

²⁸ FERNANDES, 2015, p. 59.

²⁹ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 32.

³⁰ LIMA, 2013, p. 67.

³¹ FERNANDES, 2015, p. 104.

³² LIMA, 2013, p. 67.

privados minam a autoestima e expõem a mulher perante amigos e familiares, contribuindo para seu silêncio”³³.

Por fim, a violência sexual configura-se como “qualquer violência que constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada”³⁴, por meio de “intimidação, ameaça ou uso da força, que a impeça de usar meio contraceptivo, que a induza a comercializar ou utilizar sua sexualidade, que a force ao aborto, matrimônio ou à prostituição”³⁵ ou, ainda, que “limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”³⁶.

Importante ressaltar que a violência e a coação sexual são crimes praticados com muita frequência na esfera doméstica, porém, muitas vezes, em razão de valores e crenças errôneas, “acabam por não reconhecer como tal, achando, incorretamente, que “dentro do casal não existe violação”, que são “deveres conjugais” ou “exigências naturais” do homem”³⁷.

De acordo com Maisa Campos Guimarães e Regina Lucia Sucupira Pedrosa³⁸,

tais compreensões nos possibilitaram refletir acerca das definições e tipificações da violência contra a mulher enfatizadas pela Lei Maria da Penha identificando a relevância dessa conceituação clara para (re)afirmar a amplitude e a diversidade pelas quais tal violência pode se expressar. Esta clareza da Lei, inclusive, facilita o (re)conhecimento das violências nas relações desiguais de poder que circunscrevem dinâmicas cruéis em relacionamentos afetivos e conjugais.

Desse modo, “é muito importante o conhecimento a respeito dessas tipificações para subsidiar a compreensão sobre o fenômeno da violência de gênero contra mulheres e orientar a atuação técnica que se proponha ao enfrentamento e à superação de tal violência”³⁹.

³³ FERNANDES, 2015, p. 108.

³⁴ LIMA, 2013, p. 67.

³⁵ LIMA, 2013, p. 67.

³⁶ FERNANDES, 2015, p. 96.

³⁷ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 32-33.

³⁸ GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: Problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia e Sociedade*. Brasília, p. 256-266, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 264.

³⁹ GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: Problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia e Sociedade*. Brasília, p. 256-266, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 264.

3. DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA EXPOSIÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

Apesar do ambiente virtual contribuir para a “difusão de informações de forma eficiente e veloz, acabou se tornando também veículo para o cometimento de crimes, dando-se ênfase aos delitos de violência contra a mulher”⁴⁰.

Nas palavras de Artenira da Silva e Silva e Rossana Barros Pinheiro⁴¹,

aproveitando-se da confiança depositada por suas vítimas, materializada através do compartilhamento de conteúdo sensual ou na permissão para registro de momentos íntimos, os agressores frequentemente utilizam o material obtido como subsídios para o estabelecimento de ameaças. Essa coerção psicológica é comumente utilizada para forçar a continuidade de relacionamentos abusivos, configurando o crime de constrangimento ilegal; para obter vantagens patrimoniais, configurando o delito de extorsão; para obter vantagens sexuais, no caso do crime de estupro virtual; e para vingar-se perante término de um relacionamento afetivo e/ou sexual, configurando pornografia de vingança.

Desse modo, “frente a todo esse cenário e, principalmente, da ausência da educação digital, fruto de fenômeno contemporâneo surge nova espécie de violência de gênero: a pornografia da vingança”⁴², em que “um indivíduo, geralmente tomado pela sede de vingança do término da relação, pretensa traição ou simplesmente para ridicularizar a vítima, compartilha, sem o consentimento e à revelia daquela, fotos e vídeos íntimos”⁴³ que encontram-se em sua posse pelos mais diversos meios vinculados à internet.

Nesse contexto de inclusão digital, a violência praticada contra a mulher se expandiu e se intensificou nas plataformas virtuais de forma sem precedentes. “Não apenas o *sexting*

⁴⁰ VENTURINI, A. M.; MORAES, D. B.; DANIEL, L. B. *A viabilidade jurídica da tipificação do crime de estupro virtual dentro do contexto de violência contra a mulher na internet*. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-1.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 1.

⁴¹ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 2.

⁴² DOMINGUES, Diego Sígoli. *Pornografia da vingança e a tutela dos direitos fundamentais da vítima*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2115/2/Diego%20S%20c3%20adgoli%20Domingues.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 10.

⁴³ DOMINGUES, Diego Sígoli. *Pornografia da vingança e a tutela dos direitos fundamentais da vítima*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2115/2/Diego%20S%20c3%20adgoli%20Domingues.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 10.

(prática de enviar mensagens, fotos ou vídeos sexualmente explícitos pelo celular), mas outras violações contra as mulheres também passaram a ganhar força”⁴⁴.

Segundo Artenira da Silva e Silva e Rossana Barros Pinheiro, “essa vulnerabilidade da saúde feminina, fragilizada por efeito das ameaças de divulgação do conteúdo sob a posse do agressor”⁴⁵, provém da prática de violência sexual, moral, psicológica e patrimonial, que são comportamentos expressamente previstos na Lei Maria da Penha, “que podem ser vislumbradas quando a intimidade de uma mulher é transposta para a perspectiva pública”⁴⁶.

A ausência de consentimento na exposição da intimidade feminina consiste em violência psicológica, tendo que vista que gera ameaças significativas à saúde psicológica e ao “pleno desenvolvimento mental de suas vítimas, haja vista o constrangimento a partir de ameaças, redução do sentimento de autoestima e assunção de culpa, fenômeno reflexo da violência de gênero”⁴⁷. Também observa-se a prática de violência moral, pois a exposição da intimidade feminina acarreta desordens e juízos de reprovação social do comportamento permissivo e, “supostamente, ousado assumido pelas vítimas, por serem mulheres, comprometendo, desse modo, a reputação mantida na perspectiva social e a autoestima alimentada no âmbito individual”⁴⁸.

Além da violência psicológica e moral, a violência patrimonial também se caracteriza quando da divulgação não autorizada da imagem feminina, em razão da necessidade da vítima custear gastos imprevistos posteriores à divulgação da sua sexualidade, tais como “mudança de endereços profissionais e residenciais; mudança de nome e alteração da

⁴⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 67.

⁴⁵ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 3.

⁴⁶ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 3.

⁴⁷ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 3.

⁴⁸ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 3.

aparência; despesas com tratamentos médicos e psicológicos, e custos com a manutenção de processos judiciais decorrentes do crime”⁴⁹.

Cada vez mais “episódios de *cyberbullying* e *revenge porn* tem levado meninas e jovens adultas a desencadear doenças psíquicas gravíssimas, como a depressão. Há casos ainda mais graves, que culminam no suicídio”⁵⁰. “Conviver com esse constrangimento, quando a sexualidade é, de fato, descortinada em público, ou quando se restringe ao plano das ameaças, implica na perturbação do equilíbrio emocional e fisiológico das vítimas”⁵¹, que constantemente apresentam ideologias suicidas.

De acordo com Isabela Maria Stoco e Marion Bach⁵²,

alguns tipos penais previstos na legislação brasileira podem oferecer resposta aos crimes realizados em meio virtual. Como exemplo disso, têm-se os crimes contra a honra, previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal, bem como a possibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006), vez que seu artigo 7º prevê como espécie de violência a violência psicológica, tão possível quanto recorrente no mundo virtual. Ademais, quando o crime é praticado contra crianças e adolescentes, aplicam-se as regras existentes nos artigos 240 a 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consideram crime grave – além de outras condutas – a divulgação de fotos, vídeos ou imagens de crianças ou adolescentes em situação pornográfica ou de sexo explícito.

Com o objetivo de enfrentar esse contexto, o Estado brasileiro dedicou-se a iniciativas, como o “Marco Civil da Internet (Lei 12.965, 2014), que dispõe sobre a proteção da intimidade na rede e responsabiliza inclusive os provedores que não atenderem às

⁴⁹ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 3.

⁵⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 65.

⁵¹ SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 2.

⁵² STOCO, I. M.; BACH, M. *A mulher como vítima de crimes virtuais*: a legislação e a jurisprudência brasileira. Programa de Apoio à Iniciação Científica – PAIC 2017-2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/311-1073-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 680.

solicitações de retirada de conteúdo íntimo de caráter privado”⁵³. Além disso, outra medida foi a “Lei da Importunação Sexual (Lei n. 13.718, 2018), que tipifica como crime a: “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, e, sem o consentimento da vítima, cena de sexo ou de pornografia”⁵⁴.

De acordo com a Comissão de Defesa dos Direitos das Mulheres, entre as notícias examinadas, “foram identificados 2.788 casos de crimes contra a honra de mulheres em ambiente online. Mais de 90% das vítimas possuem menos de 40 anos de idade”⁵⁵. Analisando esses dados, “temos que 14% são menores de 18 anos; 37% possuem entre 18 e 29 anos de idade; 43% das vítimas desse crime têm entre 30 e 39 anos de idade. A partir dos 40 anos, o índice cai drasticamente”⁵⁶. Aproximadamente “4% das vítimas possuem entre 40 e 49 anos; e 1,5% estão com idade acima de 50 anos”⁵⁷.

Destaca-se que a maioria dos agressores são ex-namorados, ex-companheiros e ex-esposos, que são pessoas com quem a vítima possuía laços de confiança e compartilhou sua intimidade. “Eles representam 52,3% dos agressores online. Em segundo lugar no ranking, estão os desconhecidos. Pessoas que muitas vezes não conhecem a vítima, mas postam xingamentos, ofensas, compartilham boatos, imagens e vídeos vexatórios”⁵⁸.

De acordo com a Associação de Advogados de São Paulo (AASP), analisando informações divulgadas pela ONG SaferNet - que age na defesa dos direitos humanos em ambientes virtuais – “apontaram que as denúncias de crimes ligados à violência contra a

⁵³ UNICEF. *Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet*. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes e o risco de vazamento de imagens intimas na internet.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf)>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 9.

⁵⁴ UNICEF. *Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet*. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes e o risco de vazamento de imagens intimas na internet.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf)>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 9.

⁵⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 65.

⁵⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 65.

⁵⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 65.

⁵⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 65-66.

mulher tiveram uma explosão no ano passado: em 2017, foram registradas 961 denúncias desse tipo, contra 16.717 em 2018 – um crescimento de 1.640%”⁵⁹.

Por se tratar de um problema de grande complexidade, é necessário que haja a articulação de diversos aspectos sociais para enfrentar a questão. Iniciativas isoladas tendem a ter pouca abrangência. “Dessa forma, Estado, empresas privadas, organizações sociais e organismos internacionais precisam criar caminhos conjuntos, inclusive para auxiliar e reforçar o papel da escola como espaço de informação e de mediação”⁶⁰.

Ademais, “a troca de informações e a união dos setores são essenciais para a eficácia do combate ao problema. É preciso aprender com as experiências já realizadas e sistematizar os dados já produzidos para gerar um panorama rico das práticas de *sexting*”⁶¹ e averiguar as consequências no Brasil. “Portanto, recomenda-se que os parceiros interessados no tema formem uma rede e reúnam-se em um fórum para discutir o que já foi feito e quais resultados foram encontrados”⁶². Apenas esse diálogo contínuo pode auxiliar na produção de iniciativas conjuntas e avaliar os resultados.

Por fim, igualmente é imprescindível a criação de ações e políticas públicas que concentrem-se na prevenção das consequências avassaladoras que o vazamento de imagens íntimas sem consentimento causa às vítimas. “Mais do que criminalizar ou apontar culpados, é preciso informar, esclarecer e sensibilizar a sociedade. Essas medidas podem auxiliar as meninas a enfrentar e superar a questão”⁶³.

⁵⁹ ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP). *Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual*. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/noticias/crimes-sexuais-pela-internet-violencia-contra-mulher-entre-o-real-e-o-virtual/>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

⁶⁰ UNICEF. *Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 22.

⁶¹ UNICEF. *Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 22.

⁶² UNICEF. *Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 22.

⁶³ UNICEF. *Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019, p. 22.

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo conclui-se que o caso de crimes de divulgação de imagens íntimas sem o consentimento da vítima vem crescendo de modo avassalador nos últimos anos, tornando-se um problema social grave e complexo. Diante disso, é preciso que haja uma integração dos mais diversos setores sociais e iniciativas de criação de políticas públicas para combater esse problema de modo eficaz, com o objetivo de prevenir e evitar que mais vidas sejam destroçadas pela prática desse crime.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP). **Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual**. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/noticias/crimes-sexuais-pela-internet-violencia-contramulher-entre-o-real-e-o-virtual/>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. **Violência Doméstica. Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno**. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019.

DOMINGUES, Diego Sígoli. **Pornografia da vingança e a tutela dos direitos fundamentais da vítima**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2115/2/Diego%20S%20c%20adgoli%20Domingues.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)**. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: Problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia e Sociedade**. Brasília, p. 256-266,

2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. O gênero como o denominador comum nas diferentes perspectivas penais da disposição e exposição não autorizadas da intimidade feminina. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/8352-35509-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

STOCO, I. M.; BACH, M. **A mulher como vítima de crimes virtuais: a legislação e a jurisprudência brasileira**. Programa de Apoio à Iniciação Científica – PAIC 2017-2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/311-1073-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

UNICEF. **Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_d_e_imagens_intimas_na_internet.pdf>. Acesso em: 24 nov, 2019.

VENTURINI, A. M.; MORAES, D. B.; DANIEL, L. B. **A viabilidade jurídica da tipificação do crime de estupro virtual dentro do contexto de violência contra a mulher na internet**. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-1.pdf>>. Acesso em: 24 nov, 2019.

REPARAÇÃO CIVIL POR OCASIÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR

Márcia Silva de Almeida¹

RESUMO: O papel da mulher na sociedade sofreu grandes modificações e, junto com ele, a legislação também evoluiu, com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar. A partir da Constituição da República, diversas foram as leis criadas com esse objetivo, a exemplo da Lei Maria da Penha. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, sedimentou o entendimento de que o dano moral *ex delicto* ocorre *in re ipsa*, não havendo necessidade de instrução específica para apuração de valores. A partir desse entendimento, tornou incontroversa a possibilidade de arbitramento de um valor mínimo de indenização, a título de danos morais, pelo juízo criminal. A violência contra a mulher não é novidade; sua severa repressão sim.

Palavras chaves: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Dignidade da pessoa humana. Dano moral. Sentença Penal Condenatória.

1. INTRODUÇÃO: Necessários apontamentos históricos sobre a mulher e o Direito

Mais uma década se inicia e com ela a necessária reflexão sobre tudo o que aconteceu – e o que deixou de acontecer - até a chegada desse conturbado e desafiador 2020. Para quem milita a favor dos direitos das mulheres, cogitar uma sociedade justa e pacífica sem as garantias previstas na Lei Maria da Penha, é tarefa preocupante. Isso porque, ainda hoje, mulher morre por ser mulher, mulher ganha menos, por ser mulher.

Diante da necessidade de entender – *e até mesmo festejar* – o nível alcançado até os dias de hoje, mister voltar no tempo para refletir como era o *status* jurídico da mulher na sociedade e nas famílias, de modo que o passado nunca mais volte a se fazer presente.

Por determinação da vigente Constituição da República, artigo 226, §8º “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”. Esta mesma lei maior, datada do recente ano de 1988, também consagra a igualdade formal entre homens e

¹ Advogada inscrita na OAB/RS 74.734, Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas; Especialista em Direito Público e em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro do IBDFAM e da ACRIERGS; marcia.sd.almeida@gmail.com

mulheres. Mas nem sempre foi assim. Ao longo do tempo, diversas foram as modificações ocorridas nas leis e, conseqüentemente, na aplicação dessas leis.

É possível afirmar, com confiável grau de certeza, que o ordenamento jurídico mundial vem se curvando a um novo papel da mulher na sociedade, que já não mais permite ser relegada a um espaço subsidiário àquele destinado aos homens. A violência contra a mulher não é novidade: o que se experimenta nos novos tempos é a severa repressão a atos de violência de gênero.

O Brasil Colônia era regido pelo conjunto de leis das Ordenações Filipinas – Código Legal Português, que definia não só a relação dos indivíduos com a Coroa portuguesa, mas, também, as relações privadas. A forma de legislar acerca das relações domésticas e conjugais dos portugueses refletiu nos costumes da vida social, a exemplo do que recomendava as Ordenações e Leis de Portugal, em seu quinto livro, no Título XXV²:

E toda a mulher, que fizer adultério a seu marido, morra por isso. E se ella para fazer o adultério por sua vontade se fôr com alguém de casa de seu marido, ou donde a seu marido tiver, se o marido della querelar, ou a accusar, morra morte natural.

A função da mulher era, portanto, a de servir ao marido, sendo obediente e sujeita aos deveres de esposa, caso contrário, sofria sanções. Mesmo com a vinda da Família Real para o Brasil, em 1808, parte da legislação portuguesa permaneceu em vigor e continuava a ser o parâmetro da vida social brasileira. No tocante às leis, costumes e tradições, prevalecia o masculino sobre o feminino, eis que o marido tinha o direito de aplicar em sua esposa castigos físicos, inclusive, tirar-lhe a vida quando da possibilidade de um adultério.

Já no Brasil República, com o Decreto n° 181³, de 24 de janeiro de 1890, que legislava sobre o casamento civil, não havia mais a forma expressa de castigo físico contra a esposa⁴. O Código Civil de 1916, por sua vez, dava um tratamento diferenciado às

²Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=AbUWAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: ago. 2018.

³ Publicação original disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 16 set 2018.

⁴ Nesse Decreto, republicano sob os olhares da época, o Capítulo VII dispunha sobre os efeitos do casamento da seguinte forma:

Art. 56. São efeitos do casamento:

§ 1º Constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

mulheres, que após o matrimônio, voltavam a ser relativamente incapazes. Em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada, a mulher deixou de ser considerada civilmente incapaz. E com a Constituição Federal de 1988, finalmente, tem-se o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

Os movimentos feministas, a partir da década de 70, passaram a exigir do Estado a implementação de leis e políticas públicas voltadas para a prevenção e combate à violência contra a mulher, com o bordão conhecido “*quem ama não mata*”⁵. Esse movimento exigia a punição do assassino de Ângela Diniz, morta com três tiros, em 1976, pelo seu namorado Doca Street, enciumado e inconformado em não poder ter Ângela somente para si. Ela, uma mulher bonita e encantadora, era conhecida como a “Pantera de Minas”. O argumento usado pela defesa do réu foi o de que ele agiu em legítima defesa de sua honra.

Ainda que custe recordar, por triste exemplo, o Código Civil de 1916, vigente até o ano de 2002, considerava o defloramento da mulher como causa de configuração de erro essencial sobre a pessoa. Isso significa que ao marido era dado o direito de pedir a anulação do casamento acaso constatado o respectivo “defeito” de seu cônjuge. É preciso ver para crer:

Código Civil de 1916
Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

No ano de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. O caso que ilustrou a atitude do país em relação aos direitos das mulheres foi o de Maria da Penha Maia Fernandes, que passou 18 anos lutando, sem sucesso, pela punição de seu ex-marido, a quem acusa de tentar matá-la com um tiro e de tê-la deixado paraplégica. Diante desse caso, o Brasil recebeu recomendações específicas para sanar suas omissões nas questões que envolviam violência doméstica e familiar.

§ 2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens comuns, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fôrma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos

⁵ Disponível em: <https://www.geledes.org.br/quem-ama-nao-mata-40-anos-depois/> Acesso em 10 set 2018.

Desta sanção internacional surgiu a lei vista como símbolo da luta da violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha, de 7 de agosto de 2006. A Lei visa amparar as mulheres agredidas, física e psicologicamente, no âmbito familiar e doméstico. Os meios pelos quais podem ser perpetradas violências contra a mulher estão previstos nos incisos do artigo 7º da Lei 11.340⁶, todavia, o próprio artigo deixa claro que outras formas não contidas nele também podem ser consideradas.

A Lei Maria da Penha instituiu medidas de caráter social, preventivo, protetivo e repressivo, criando os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres, com competência cível e criminal. Além disso, permitiu o reforço da atuação das Delegacias de Atendimento à Mulher, da Defensoria Pública, do Ministério Público e de uma rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar. A partir dela, o tempo máximo de prisão para o marido que agredir a mulher passou de um para três anos de reclusão, e possibilitou que os agressores fossem presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada.

Outra questão processual importante, e que reflete no campo prático da luta contra a violência doméstica, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal⁷, ao assentar que os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, são de iniciativa pública incondicionada.

A decisão da Corte Suprema, ainda, melhor explicitou o dever estatal de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas

⁶ I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

⁷ Em 9/2/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424 – para atribuir interpretação conforme à Constituição aos arts. 12, I; 16 e 41, todos da Lei n. 11.340/2006, acolheu tese oposta à jurisprudência até então consolidada naquele Tribunal, ao assentar que **os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de iniciativa pública incondicionada.**

relações, desvinculadas dos critérios e das vontades de quem, fragilizada, sofre a violência, dada a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais e os graves impactos emocionais impostos à vítima, que a impedem de romper com o estado de submissão⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, sensível a essa importante evolução jurisprudencial, editou a Súmula n. 542⁹, de 2015, segundo a qual "*A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada*". Isso significa que qualquer pessoa que tenha conhecimento de um fato envolvendo lesão corporal resultante de violência doméstica, poderá comunicar à autoridade policial para que seja instaurado Inquérito Policial. Inteligência, em combinação, do artigo 5º, §3º¹⁰ do Código de Processo Penal.

Ambos os Tribunais, sabiamente, compreenderam ser necessária uma intervenção estatal mais desinibida, de maneira a maximizar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Essa necessidade surgiu frente aos alarmantes dados estatísticos, os quais indicavam que, na maioria dos casos, a vítima acabava por não representar contra o agressor ou por afastar a representação anteriormente formalizada, enquanto o agente, por sua vez, reiterava seu comportamento agressivo, aprofundando, assim, o problema e acirrando sua invisibilidade social.

A necessária reflexão acerca dos caminhos trilhados pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial a evolução legislativa ocorrida na última década, evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

Recentemente, em abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça pôs fim à divergência suscitada no Tema Repetitivo 983, oportunidade em que sedimentou o entendimento de que

⁸ ADI n. 4.424/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2012, divulgado em 31/7/2014, DJe 1º/4/2014.

⁹ Outros significativos passos foram dados pelo STJ: a aprovação das Súmulas n.º 588 e 589, para sedimentar, respectivamente, os entendimentos de que "*a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" e de que "*é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas*". Por último, e não menos importante, a aprovação do verbete sumular n.º 600: "*para configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 5º da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige coabitação entre autor e vítima*".

¹⁰ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

o dano moral *ex delicto* ocorre *in re ipsa*, ou seja, exsurge da própria conduta típica que já foi devidamente apurada na instrução penal, não havendo necessidade de instrução específica para apuração de valores, mormente porque se trata, na sentença penal condenatória, de um valor mínimo de indenização civil.

A decisão da Corte se fundamenta, dentre outras questões que serão abordadas a seguir, na inovação introduzida no Código de Processo Penal com a reforma de 2008 (Lei n.º 11.719). A referida reforma introduziu o inciso IV ao artigo 387, o qual contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

O dispositivo, de cunho imperativo, veio para prestigiar a vítima e conceder-lhe maior celeridade na obtenção da indenização, pois, nos termos do artigo 91, inciso I do Código Penal, trata-se de efeito automático da sentença condenatória definitiva. Além do mais, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, evita sua revitimização, consubstanciada em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

2. DANO MORAL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Infelizmente, elevado número de relações familiares, ainda nos dias de hoje, apresenta situações de agressões físicas e morais que transcenderam, e muito, a esfera do mero dissabor, representando verdadeira violação aos atributos de personalidade das ofendidas, como a integridade física e a honra.

No ano de 2017, o Brasil registrou 60.018 estupros (6 casos por hora) e 221.238 crimes enquadrados na Lei Maria da Penha (25 casos por hora). O número de estupros representa um crescimento de 8,4% em relação a 2016, mas não é possível avaliar a variação relativa aos casos de violência doméstica, já que este foi o primeiro ano que o Fórum Brasileiro de Segurança Pública coletou dos Estados dados dessa natureza.¹¹

No ano de 2018, os números divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹² se mostraram ainda mais assustadores. O Brasil atingiu o recorde de registros de

¹¹Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-6-casos-de-estupro-e-25-de-violencia-domestica-por-hora,70002441174>. Acesso em 30ago2018

¹²Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-mais-de-180-estupros-por-dia-numero-e-o-maior-desde-2009.shtml>. Acesso em 19nov2019

estupros: foram 66.041 vítimas, o que corresponde a mais de 180 estupros por dia. Entre as vítimas, 54% tinham até 13 anos e três quartos conheciam o agressor.

A situação torna-se ainda mais preocupante se considerado o fato de que os números estejam subdimensionados, dada a dificuldade de registro formal desses crimes. Em relação ao feminicídio, os dados são ainda mais imprecisos, considerando o pouco tempo de vigência da Lei n.º 13.104/2015¹³. No ano de 2017, foram registrados 4.539 homicídios de mulheres, dos quais somente 1.133 foram indiciados como feminicídio pela autoridade policial. O Brasil é hoje o 5º país do mundo com mais mortes violentas de mulheres, num *ranking* com 84 países¹⁴.

Em que pese os números alarmantes do dia-a-dia feminino, na esfera formal do ordenamento pátrio, a personalidade recebe proteção com base nos fundamentos constitucionais. Logo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é explicitado que a República Federativa do Brasil tem como alicerce a dignidade da pessoa humana e esse dispositivo deve ser considerado como além da Constituição, isto é, em todas as demais esferas jurídicas.

Assim, quando a conduta de algum membro da família ultrapassa os limites da razoabilidade, causando prejuízos de ordem moral, esses prejuízos deverão ser devidamente indenizados. O dano moral, em casos envolvendo agressões no âmbito familiar, mostra-se evidente e reprovável, tendo em vista a violação aos direitos de personalidade.

A função da responsabilidade civil tem como fundamento básico o sentimento de justiça. Ela serve para fazer com que o agente violador do direito restabeleça o equilíbrio que foi rompido em razão do fato gerador do dano. Nesses casos, a vítima da lesão, sempre que possível, deverá voltar ao estado que se encontrava antes do fato danoso, ou seja, a compensação fixada deverá ser proporcional ao dano causado.¹⁵

Sabe-se que um mesmo fato jurídico pode repercutir em mais de uma esfera do direito. A isso, dá-se o nome de incidência múltipla. No tema aqui tratado, qual seja, violência doméstica e familiar, encontra-se exatamente o fenômeno da múltipla incidência,

¹³ Lei que alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, o que pode aumentar a condenação em até um terço do tempo, além da consequente inclusão desse delito no rol dos crimes hediondos.

¹⁴ Disponível em: <https://www.geledes.org.br/quem-ama-nao-mata-40-anos-depois/>. Acesso em 10 set 2018.

¹⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 13, 2010.

eis que um mesmo fato da vida contraria, simultaneamente, regras jurídicas de Direito Penal e de Direito Civil.

Disso decorre, de igual maneira, a emanção das consequências jurídicas impostas por cada ramo do direito para sancionar a ilicitude perpetrada, tema melhor abordado no próximo tópico.

2.1 A busca da reparação civil no Juizado da Violência Doméstica

Em primeiro lugar, importante destacar que embora o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tenha a denominação de *Juizado*, não se trata de Juizados Especiais. A redação dada pelo artigo 41 da Lei nº 11.340/06 define que “*Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*”. Os números mostram que, anteriormente à sanção da Lei Maria da Penha, 70% dos casos julgados nos Juizados Especiais Criminais eram de violência doméstica¹⁶.

Além do mais, a já citada reforma no Código de Processo Penal introduziu o preceito normativo que permite a reparação civil decorrente de condenação criminal, a saber:

CPP, art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Com efeito, a norma abrange tanto o dano material, como o dano moral. Para a fixação deste último, pelo sentenciante, basta a existência de pedido expresso por parte do Ministério Público, por ocasião da denúncia, ou da vítima, ainda que não delimitado o seu montante, desde que oportunizada defesa.

A par dessa evolução legislativa, a vítima, no processo penal, passou a ter seus interesses (patrimoniais e extrapatrimoniais) tutelados, ainda que de modo parcial e acessório. Essa tendência de reposicionamento do ofendido se reflete na preocupação do sistema penal também com a responsabilidade civil, o que implica, certamente, novas configurações das faculdades e poderes processuais do assistente de acusação.

¹⁶Exposição de motivos da Lei Maria da Penha. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/SMP/2004/16.htm. Acesso 12out2018

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró defende que apesar da lei utilizar a expressão reparação do dano, “*tem se entendido que o dispositivo não se limita ao dano moral, mas abrange qualquer forma de dano causado pelo delito, seja ele moral ou material, e, neste caso, envolva o dano emergente ou lucro cessante*”¹⁷.

Disso depreende-se que afora a competência das Varas de Família, a indenização cível decorrente de violência doméstica também pode ser buscada nos próprios autos que perquirem quanto ao cometimento de ilícito, uma vez que o dano é presumido (*in re ipsa*), ou seja, independe de prova específica.

Sobre o dano presumido, observa-se que há entendimento do STJ no sentido de que prescinde de prova do dano moral os casos de cadastro de inadimplentes, atraso de voo e extravio de bagagem, diploma sem reconhecimento e outros (Ag 1.379.761; REsp 299.532; REsp. 631.204). Da mesma forma, nos casos de violência doméstica, a mulher também está dispensada de apresentar prova de que sofreu dano moral por ter sido vítima de calúnia, difamação, ameaça, lesão e outros delitos. O próprio fato já configura dano.

Ademais, não se mostra razoável a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima, por exemplo, se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. Acerca desse assunto, colaciona-se trecho do voto condutor do acórdão paradigma (REsp Nº 1.643.051 – MS), da lavra do ilustre Ministro Relator Rogério Schietti Cruz:

O que se há de exigir como prova, mediante o respeito às regras do devido processo penal – notadamente as que derivam dos princípios do contraditório e da ampla defesa –, é a própria imputação criminosa – sob a regra, decorrente da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela resultantes são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. A própria condenação pelo ilícito penal já denota o tratamento humilhante, vexatório e transgressor à liberdade suportado pela vítima.

O tema, atualmente já pacificado, encontrou divergência no Superior Tribunal de Justiça, na seguinte forma: a Quinta Turma do Superior Tribunal decidia que

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização¹⁸.

A Sexta Turma, por sua vez, firmou o entendimento de que

Neste caso houve pedido expresso por parte do Ministério Público, na exordial acusatória, o que é suficiente para que o juiz sentenciante fixe o valor mínimo a título de reparação dos danos causados pela infração¹⁹.

Diante da divergência, sobre a obrigatoriedade de a postulante da reparação de danos apontar o valor líquido e certo pretendido, ou se, ao contrário, pode o valor ser fixado pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio, houve afetação do tema ao rito dos recursos repetitivos, o qual recebeu a seguinte tese, cujo acórdão foi publicado no Dia Internacional da Mulher, do ano de 2018:

STJ, Tema 983: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

O fator preponderante para a vitória da tese é que a aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se *in re ipsa*. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelas ofendidas, no âmbito das agressões domésticas.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.651.518/MS, fundamentou seu entendimento, dentre outras razões, pelo fato de que²⁰

(...) a aferição do dano moral, em regra, não causará nenhum desvirtuamento ou retardamento da atividade instrutória a ser realizada na esfera criminal, a qual deverá recair, como ordinariamente ocorre, sobre o fato delituoso narrado na peça acusatória; desse fato ilícito – se comprovado – é que o juiz extrairá, com esteio nas regras da experiência comum, a existência do dano à esfera íntima do indivíduo.

¹⁸ AgRg no REsp 1483846/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016

¹⁹ REsp n. 1.265.707, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 10/6/2014.

²⁰ Trecho do voto proferido no REsp 1.651.518/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 13/6/2017

Embora o arbitramento do valor devido a título de compensação dos danos morais não seja tarefa fácil, é importante registrar que ao juízo criminal é facultado arbitrar um valor mínimo, o que pode ser feito, com certa segurança, mediante a prudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, tais como (i) gravidade do ilícito, (ii) intensidade do sofrimento, (iii) condição socioeconômica da ofendida e do ofensor, (iv) grau de culpa, além da utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares.

Porém, em prestígio ao constitucional princípio da ampla defesa, em relação à fixação de valor mínimo de indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, se faz indispensável o pedido expresso da ofendida ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia.

Na obra publicada no ano de 2010, Aury Lopes Jr. já discorria que é “*fundamental que exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos*”²¹.

Além do mais, anota-se, novamente, que o CPP não faz qualquer distinção quanto ao tipo de dano a ser indenizado, se material ou moral²², a exemplo do dano estético, lamentavelmente recorrente em casos de violência doméstica e familiar. Logo, os danos materiais também podem ser buscados nesta mesma ação, com a ressalva de que estes sim, precisam ser demonstrados de forma satisfatória ao longo da instrução, com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Os parâmetros indenizatórios acima citados dizem respeito à condenação mínima, porém, não há vedação alguma de que a ofendida integre o processo, por intermédio de assistência de acusação, pleiteando valores acima dos patamares comuns, tendo em vista o caso concreto. Todavia, em casos como esse, imprescindível a instrução probatória, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Ao fim da ação penal, sendo insuficiente o valor arbitrado no decreto condenatório, poderá, a ofendida, de qualquer modo, propor liquidação perante o Juízo Cível para a apuração do dano efetivo, conforme se demonstrará a seguir.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²² STJ, Súmula 37: “SÃO CUMULAVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATO.”

2.2 Liquidação da sentença penal condenatória

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, não se pode mais questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor (réu da ação penal), consoante artigo 935²³ do Código Civil. Além disso, o Código de Processo Penal, no Título IV, da Ação Civil, artigo 63, trata de forma mais incisiva a matéria, ao legislar que “*Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*”.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 91, inciso I, do Código Penal estabelece ser efeito da condenação “*tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.*” Assim, a análise da pretensão, no Juízo Cível, fica restrita à apuração (liquidação) dos danos decorrentes do fato delituoso, tornando dispensável a análise dos pressupostos da responsabilidade civil.

Insta reiterar que a recente decisão do STJ no Tema 983, trata de condenação mínima, não havendo óbice algum que a ofendida busque a majoração desta condenação na esfera cível. Oportunidade em que levará em consideração a ideia de reparação do dano para a vítima, o desestímulo do ato reprovável para o ofensor e, considerando as condições econômica das partes, fixará valor fixado justo e razoável, sempre sob a lógica de que a condenação por dano moral tem característica compensatória, pedagógica e punitiva.

Já foi objeto de estudo neste artigo que os danos morais decorrem do próprio fato delituoso, cuja conduta é reprovável e injustificável. Porém, ponto bastante importante a ser discutido é o efeito da prescrição penal sobre o valor mínimo de reparação civil fixado em sentença condenatória.

Sabidamente, a condenação em reparação civil é indissociável da condenação às penas restritivas de liberdade e/ou de direitos. Assim sendo, entende-se que a ocorrência da prescrição extingue não só a punibilidade do agente (art. 107, IV, do CP), mas também atinge a condenação do valor mínimo de reparação civil, já que decorrem da mesma decisão, cujos capítulos da sentença são indissociáveis.

No entanto, considerando a natureza civil da condenação a indenização, em que pese ser fixada por juízo criminal, aplica-se às execuções e liquidações a regra contida no art.

²³ Código Civil, art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

779, II, do CPC, que considera como sujeito passivo da obrigação o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor. Sabe-se que a morte do acusado extingue a sua punibilidade (art.107 do CP), no entanto, há disposição expressa na Constituição Federal, destinada aos sucessores, a saber:

Artigo 5º, inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Reitera-se, portanto, que a ocorrência da prescrição e a conseqüente extinção da punibilidade surte efeitos também sobre a fixação de valor mínimo indenizatório operada em sentença criminal. Porém, necessário esclarecer que a esfera cível independe da criminal, razão pela qual é possível a propositura de ação de conhecimento²⁴, cuja prescrição será regulada pelo Código Civil²⁵²⁶.

3 CONCLUSÃO

O estudo histórico e legislativo permite situar a violência sofrida pela mulher e compreender a razão pela qual, nos dias atuais, ainda há dificuldade de se assegurar proteção efetiva às vítimas de violência.

No âmbito da reparação dos danos morais, inerentes à violência praticada pelo agressor, o arcabouço legislativo brasileiro passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre a humilhação, a dor, a mácula aos conceitos de dignidade, os quais são, de fato, de difícil mensuração.

Esse dano decorre, inequivocamente, da situação de quem é vítima de uma agressão verbal, física, psicológica ou patrimonial, na condição de mulher. Isso se dá, também, porque

²⁴ Nas ações de natureza cível, a configuração do ato ilícito e a obrigação de indenizar a vítima pelo fato danoso recebem previsão expressa nos artigos 186, 927 e 953 do Código Civil:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

²⁵ Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;

²⁶ O entendimento de que a prescrição sob a pretensão reparatória, nos casos de violência doméstica, é trienal encontra respaldo no Recurso Cível Nº 71007118854, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerd, Julgado em 24/05/2018

a violência perpetrada no âmbito familiar, na maioria das vezes, fere mais a dignidade da pessoa humana do que a sua integridade física propriamente considerada. É a velha máxima de que as feridas da alma demoram mais para curar, quando curam.

A novel jurisprudência retratada no Tema 983 do STJ, merecedora dos mais acalorados aplausos, ainda carece de atenção das vítimas, gerando destaque e importância aos aguerridos assistentes de acusação, que no mister da defesa dos interesses de mulheres ofendidas, devem sempre pleitear o dano moral, acaso não expresso na denúncia oferecida oportunamente pelo Ministério Público.

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha surgido para romper com paradigma cultural de inferioridade, a efetividade da lei fica dificultada pela forma como a vítima, o agressor e a sociedade se portam diante de um ato de violência de gênero. As omissões se explicam – mas não se justificam - em razão de preconceitos e conceitos oitocentistas. Por isso, toda e qualquer evolução legislativa ou jurisprudencial, que vise prestigiar os interesses das mulheres vítimas de violência, devem ser comemoradas.

Reconhecer que a violência contra as mulheres é um grave problema social é medida urgente. O movimento de mulheres tem sido um incansável motor de pressão às políticas públicas, para que medidas sejam tomadas no sentido de prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, o que certamente tem ecoado de forma positiva nos tribunais.

O Brasil felizmente tem alcançado conquistas importantes, mas ainda há muito caminho a trilhar nesta sociedade marcada pelo machismo e a misoginia. Em briga de marido e mulher, todos são responsáveis. Se o Brasil ainda é um país que continua conceituando feminicídio como crime de amor, é porque precisa aprender mais sobre feminicídios. E sobre amor, também.

BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O impacto das condições socioeconômicas na violência intrafamiliar**. Revista Brasileira de Direito de Família, [s.l.], ano IX, n. 43, p. 13-34, ago.-set. 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A abrangência da definição de violência doméstica**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 8-10, maio 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Editora: Revista dos Tribunais. 4ª ed. 2015, São Paulo

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade.** Editora Atlas S.A.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil.** 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 13, 2010.

GALVÃO, Danyelle da Silva. **Aspectos polêmicos da sentença penal condenatória que fixa valor mínimo de reparação de danos e sua execução e liquidação no juízo cível.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM Vol.123: setembro 2016

LIMA, Altamiro de Araujo Filho. **Lei Maria da Penha: comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Editora: Leme. 2008

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - FUNDAMENTOS PRINCÍPIOLÓGICOS

Marciela Paula Gonzatti¹

RESUMO: A Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato, constitui-se em uma construção doutrinária e jurisprudencial, implica em um adimplemento contratual próximo do cumprimento total da obrigação, que justifica a descaracterização da mora, ou a atenuação de suas consequências. Quando ocorre o inadimplemento da obrigação principal surge para o credor a possibilidade de resolução do contrato. A desconstituição do negócio jurídico pela resolução contratual, proveniente do inadimplemento é um direito potestativo do credor. Os princípios fundamentais do direito contratual, com ênfase para a boa-fé-objetiva e função social dos contratos, fundamentam a teoria em estudo. Nesse contexto, analisou-se a aplicação da teoria do adimplemento substancial como consectária do princípio da boa-fé-objetiva, ao qual cabe controlar o comportamento das partes no negócio jurídico, sendo que a teoria não deve ser um incentivo para o descumprimento contratual, mas sim a preservação do equilíbrio do contrato, a fim de se evitar abusos de direito. Insere-se esse artigo, na linha de pesquisa do direito civil, direito contratual, direito processual civil, e para o desenvolvimento do estudo, foi utilizado como método de abordagem, o dialético.

Palavras-chave: Adimplemento substancial do contrato. Boa -fé- objetiva. Função social do contrato. Princípios.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, o contrato servia como instrumento para circulação de riqueza, constituindo-se como um dos institutos mais antigos da história da humanidade, e uma das figuras mais importantes do Direito Civil, responsável por imprimir estabilidade para as relações jurídicas, adaptando-se à sociedade e desenvolvendo-se sob formas diversas.

Com a manifestação de vontade das partes, que traz um fato estabelecido entre as mesmas, molda-se um contrato, ou seja, um negócio jurídico, que limita-se pelos princípios da função social e boa-fé objetiva, originando direitos e obrigações para ambas as partes.

Ainda, na fase das negociações preliminares, e, em decorrência do princípio da boa-fé, surge para os contraentes, os deveres de lealdade, de cuidado, de sigilo, de proteção, os quais devem ser respeitados sob pena de responsabilização de quem os infringir.

¹ Advogada, formada pela Universidade de Passo Fundo- UPF, pós-graduação em Direito Civil e Empresarial, pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, inscrita na OAB/RS 89.560, e-mail: marcielapaulag@hotmail.com.

Nessa acepção, cumprido o contrato, adimplida a obrigação, encerrada está a relação jurídica. Contudo, caso haja inadimplemento da obrigação, nasce para o credor a possibilidade de desconstituir o negócio jurídico pela resolução do contrato, e para que não ocorra abuso de direito, cabe ao princípio da boa-fé objetiva controlar o comportamento das partes no negócio jurídico.

Neste cenário, o direito privado, na busca de igualdade e justiça contratual está em constante evolução, sendo que para restringir o abuso de direito e preservar os princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, usa a teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo.

A teoria do adimplemento substancial está consolidada nos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, a qual proíbe o desfazimento de todo o contrato nos casos em que há inadimplemento mínimo, ou seja, quando o devedor pagou quase que a totalidade das parcelas do contrato.

Logo, a problemática aqui tratada consistirá em identificar quando realmente o contrato pode ser considerado pelo judiciário como adimplido substancialmente de modo a evitar sua resolução. Para melhor ilustrar, pode-se dar o exemplo do contrato de financiamento, e questionar quantas parcelas pagas pontualmente pelo devedor seriam hábeis a caracterizar o adimplemento substancial?

Nessa concepção, de acordo com o art.475 do Código Civil, “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência admitem em alguns casos a aplicação da teoria do adimplemento substancial com o objetivo de preservar as relações jurídicas, considerando ser injusta a resolução do contrato pelo inadimplemento das parcelas restantes.

Contudo, não é objetivo do presente artigo incentivar o inadimplemento das obrigações, assim, tratar-se-á de outras formas para satisfazer a quitação do débito nos casos em que o inadimplemento for mínimo e que a resolução do contrato poderá ser um sacrifício excessivo ao devedor em face do pequeno valor do débito.

1. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ORIGEM E CONCEITO

A teoria do adimplemento substancial, constitui-se em uma construção doutrinária e jurisprudencial que importa em um adimplemento contratual próximo do cumprimento integral da obrigação, que justificaria a descaracterização da mora, ou a atenuação de suas consequências.

A origem da teoria é no direito inglês no caso *Bonee v. Eyre*, julgado em 1779 que de acordo com Rodrigo Costa Rodrigues Leite (2009, p.239) se estabeleceu que o descumprimento somente facultaria à parte resolver o contrato caso fosse suficientemente sério.

Assim, os tribunais passaram a dar importância para a gravidade do dever inadimplido e não para o inadimplemento pura e simplesmente, pois a impontualidade, para dar ensejo ao rompimento deveria afetar a base ou a finalidade do contrato e deveria atingir o que há de mais substancial no negócio.

A teoria do adimplemento substancial tem previsão legal no direito estrangeiro, sendo que no direito italiano se pode citar o artigo 1455² do Código Civil (*Il Codice Civile Italiano*) e no direito português o artigo 802, n.º2³ do Código Civil Português. No Brasil, não há previsão legal expressa, porém é aplicada na jurisprudência com base nos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, bem como na vedação ao abuso de direito.

Importante destacar que adimplemento substancial na visão de Clóvis Do Couto e Silva é: “um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização” (n.º 1, v. 9, p.60).

Sobre a temática abordada, Leite enfatiza que:

A teoria do adimplemento substancial flexibiliza o sistema de rompimento dos contratos, mas possibilita ao credor reaver a parcela inadimplida (sobrevive o vínculo, mas não se afasta a responsabilidade do inadimplente). Por meio desta teoria preserva-se o contrato, vedando assim a resolução contratual se parcela substancial do contrato houver sido cumprida, isto é, quando o descumprimento for de menor importância (inexecução de mínima relevância) não chegando a

² **Art. 1455** *Importanza dell'inadempimento* Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901). Disponível em http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm, acesso em dez de 2019.

³ **Art. 802º 2.** O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei>, acesso em dez de 2019.

subtrair a utilidade, o interesse e a função da contratação (LEITE, 2009, p. 239-240).

Nessa acepção, a teoria do adimplemento substancial, propõe-se a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos dispensáveis em prol da preservação das relações jurídicas, com o fim à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

1.1 Princípio da boa-fé objetiva como fundamento da teoria do adimplemento substancial

A desconstituição do negócio jurídico pela resolução contratual, proveniente do inadimplemento é um direito potestativo do credor, ou seja, é o poder de uma das partes sujeitar à outra a sua deliberação unilateral, sem que o outro possa a isso se opor, e para que não ocorra o abuso do direito, cabe ao princípio da boa-fé objetiva controlar o comportamento das partes no negócio jurídico.

Sobre a temática exposta, o Código Civil, em seu artigo 422 estabelece que os contratos devem ser interpretados em todas as suas fases de acordo com o princípio da boa-fé, bem como o enunciado nº26⁴ da Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, assegura ao magistrado a interpretação dos contratos conforme a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, conforme Leite (2009, p.234), possui a função de nortear a interpretação dos negócios jurídicos, limitar o exercício dos direitos subjetivos e impor norma de conduta aos contratantes, ou seja, rege as tratativas desde sua formação até o período pós-contratual.

No art.113 do Código Civil a boa-fé objetiva atua como norma de interpretação dos negócios jurídicos. O art. 187 expressa a função limitativa ou defensiva da boa-fé objetiva que visa impedir o exercício abusivo, controlando a fruição dos direitos subjetivos das pessoas. No art.422, por sua vez, se prevê a função integrativa da boa-fé objetiva, aquela que impõe uma norma de conduta aos contratantes, atuando como fonte de criação de deveres secundários de prestação (LEITE 2009, p. 234).

⁴ **26 – Art. 422:** A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Nesse passo, a boa-fé, segundo Bussatta (2008, p. 82) tem a finalidade de precisar o conteúdo contratual, “a carga obrigacional” imposta a cada um dos contratantes, sendo que a referida carga é informada não somente pela autonomia privada, mas também pelos valores admitidos pelo sistema, o que resulta numa relação jurídica obrigacional mais justa, com equilíbrio entre os direitos e obrigações.

O modo de se adimplir um contrato é influenciado pelo princípio da boa-fé, que no entendimento de Leite (2009, p.239) “busca prevenir ou mitigar a resolução do contrato em casos de mínimo ou exíguo descumprimento. O adimplemento é informado pelo princípio da boa-fé objetiva”.

De acordo com o artigo 475 do CC, o credor lesado pelo inadimplemento pode buscar a resolução do contrato, ou seja, é uma solução posta à disposição do contratante, que conforme Bussatta:

[...] o fundamento da resolução contratual é a boa-fé objetiva, na medida em que, tendo o devedor descumprido o dever contratual estabelecido, terá violado o dever de colaboração que lhe é imposto, frustrando o fim econômico-social do contrato. Fundada na boa-fé, a resolução funciona como reação à inexecução da prestação (BUSSATTA, 2008, p.94).

A resolução extingue o vínculo contratual, com efeitos ex tunc, ou seja, afasta todos os efeitos jurídicos que produziu ou que ainda iria produzir, assim constitui-se em sanção ao contratante inadimplente. Nesse passo:

É patente, então, que, havendo inadimplemento de escassa importância, de pequena gravidade, insignificante, a resolução será uma resposta manifestamente desproporcional, desequilibrada e, porque não dizer, injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, de forma que fica vedada pela boa-fé objetiva (BUSSATTA, 2008, p.87).

Assim, observa-se que a resolução de um contrato, que está praticamente cumprido, faltando apenas algumas parcelas para serem pagas não é a medida acertada para resolver um negócio jurídico, visto que a teoria do adimplemento substancial veda o uso desequilibrado da resolução contratual a qual encontra respaldo na boa-fé objetiva.

Nesse diapasão, é imprescindível trazer novamente o entendimento de Bussatta:

Uma vez estabelecida a possibilidade de resolver o contrato ante o descumprimento da prestação por parte de um dos contratantes, surge a questão de

saber qual descumprimento seria suficiente para ensejar tal reação do contratante adimplente. Essa questão ganha maior relevo quando se está diante de um cumprimento parcial, em que apenas uma parcela do dever contratual restou não executada (2008, p. 39).

Sobre a matéria, pode-se exemplificar com um caso já decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵ em que a parte contratante havia adimplido mais de cinquenta por cento do contrato.

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS. INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE COMPRADOR. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. I. Segundo a teoria do adimplemento substancial originária do direito norte-americano, o inadimplemento mínimo de uma das partes contratantes não pode gerar todos os efeitos decorrentes do inadimplemento, sob pena de violação indireta à tutela da personalidade. Destarte, o saldo remanescente deverá ser buscado pelas vias ordinárias, flexibilizando as rígidas consequências de um inadimplemento substancial. A valoração da gravidade do inadimplemento deve ser feita em cada caso concreto, e não consiste apenas no percentual pago, devendo ser analisados os atos do devedor, se tendentes ou não ao pagamento, bem como o interesse do credor na manutenção daquele pacto, assim como sua legítima expectativa. Deve ser apreciada, com cautela, se a ausência de pagamento de parte ínfima do pacto rompeu ou não com o equilíbrio contratual, sempre em observância ao princípio da boa-fé objetiva. Hipótese em que o percentual adimplido em ambos os contratos, de aproximadamente 70% e 75%, ainda que inferior àquele comumente adotados neste Órgão Julgador para o acolhimento da tese de adimplemento substancial - de aproximadamente 80% -, possibilita o acolhimento da teoria, máxime levando-se em conta a boa-fé do espólio devedor que entrou em contato com a credora para verificar os valores devidos. Ademais, também deve ser considerada a legítima expectativa gerada pelo comportamento da empresa credora que permaneceu inerte por quase 10 anos, deixando de exigir o pagamento do saldo devido que está, ao que tudo indica, prescrito, devendo agora arcar com sua desídia. II. Nos termos do §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, não havendo condenação, tampouco valor da causa muito baixo, deve a verba honorária devida ao vencedor da demanda ser arbitrada entre 10% e 20% do valor atualizado da causa. Majorada a verba para quantia equivalente a 10% do valor atualizado da causa, em atendimento aos critérios previstos nas alíneas do mencionado parágrafo. APELO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70083373472, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em: 12-12-2019).

5 Apelação Cível Nº 70083373472. Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires. Julgado em: 12-12-2019. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/buscasolr/index.html?aba=jurisprudencia>, acesso em jan de 2020.

Assim, com embasamento na teoria do adimplemento substancial do contrato e no princípio da boa-fé objetiva, o credor deverá buscar as parcelas devidas por meio de ação de cobrança, sem romper o contrato, uma vez que já recebeu quase que a totalidade do valor devido.

A boa-fé objetiva assegura a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a qual garante a manutenção do contrato com a conservação das relações jurídicas, atende aos interesses dos contratantes a fim de que a função econômico-social seja cumprida.

1.2 Princípio da função social do contrato como fundamento da teoria do adimplemento substancial

Outro princípio basilar na aplicação da teoria do adimplemento substancial é o da função social do contrato. Assim, destaca-se o Enunciado nº 361⁶ do Conselho de Justiça Federal: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”

A função social, durante a execução do contrato busca estabelecer os deveres de confiança, cooperação, e de igualdade jurídica e material das partes, ainda traz equilíbrio entre os interesses das pessoas contratantes e a sociedade.

Nesse sentido, conforme ensina Ligia Neves Silva, os interesses da sociedade consolidam-se para a comunidade jurídica, o entendimento que as relações intersubjetivas devem ser conservadas para o alcance da paz, de forma a diminuir os conflitos dentro de um contexto social amplo, com destaque ao solidarismo jurídico em detrimento ao individualismo (2011, p. 02).

Nesse passo, a não observância dos deveres anexos do princípio da função social (solidariedade, confiança, cooperação) implicará na aplicação da teoria para restaurar a ordem contratual.

⁶ **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados** - coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

1.3 Adimplemento substancial e exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido, (*exceptio non adimplenti contractus*) constitui-se em uma defesa dilatória, em que o contratante, em um contrato bilateral, é demandado judicial ou extrajudicialmente, a efetivar prestação devida, defende-se sustentando que a prestação da parte contrária também não foi cumprida, assim não estaria o mesmo obrigado a cumprir a sua parte enquanto o outro não efetivasse o que lhe cabia (BUSSATTA, 2008, p.104).

Assim, com fundamento no art.476 do Código Civil⁷, ambas as partes podem usar da exceção do contrato não cumprido, sendo que enquanto um dos contratantes não cumprir a sua parte o outro não será obrigado a cumprir a que lhe compete.

Nesse sentido, a teoria do adimplemento substancial, pode ser utilizada como matéria de defesa, para aquele que imputar a exceção do contrato não cumprido em face do contratante que cumpriu quase a totalidade de sua obrigação.

Note-se que contraria a boa-fé objetiva, a conduta do contratante de utilizar o direito de exceção, dispensando-se de cumprir sua obrigação frente à um mínimo inadimplemento da parte descumpridora (Rosenvald, 2011, p. 541-542), dando ensejo, inclusive, ao abuso de direito, vedado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa acepção, para aplicação ou afastamento da teoria do adimplemento substancial com a arguição da exceção do contrato não cumprido, o Superior Tribunal de Justiça⁸, entende que deve ser verificado no caso concreto, a proporção entre a inexecução do inadimplente e o exercício da exceção da outra parte.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA AVENÇA. ESCASSA IMPORTÂNCIA.

1. Em havendo mora de um contratante (vendedor) de escassa importância, relativa a débito de IPTU, a suspensão indefinida do pagamento por parte do outro contratante (comprador) de importância de aproximadamente um milhão de reais, já estando aquele gravame tributário liquidado, com sua manutenção na posse do bem (imóvel), a *exceptio* favorece ao primeiro, acarretando a rescisão da avença
2. A exceção, consoante a melhor doutrina, não pode "ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar

⁷ **Art. 476.** Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. (BRASIL, Código Civil brasileiro, 2014).

⁸ Superior Tribunal de Justiça. **REsp 883.990/RJ**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma. Julgado em 01/04/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em dez 2019.

parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo".3. Recurso especial conhecido (REsp 883.990/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 12/08/2008).

Portanto, restará a contraparte que arguiu a exceção, e restou lesionada pelo inadimplemento, o direito de buscar em juízo a execução da parte inadimplida, acrescida de perdas e danos.

1.4 Teoria do adimplemento substancial: doutrina e jurisprudência

Como já demonstrado, a doutrina e a jurisprudência têm admitido o reconhecimento do adimplemento substancial, com o fim de preservar o vínculo contratual.

Nesse contexto, Fredie Didier Jr assenta que:

No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil). O princípio da boa-fé vige também no direito processual. Uma de suas consequências é, também, a vedação ao abuso do direito no âmbito processual. É fácil perceber que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do "abuso do direito" processual (desrespeito à boa-fé objetiva) (2009).

O Julgador, ao aplicar a teoria, deverá evitar o abuso de direitos, especialmente nos casos de inadimplemento mínimo, utilizando-se dos princípios da boa-fé objetiva, função social dos contratos, da vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, a fim de buscar outros meios para satisfazer a quitação do débito, seja através de novo parcelamento, dilação de prazos, enfim, qualquer medida distinta da perda do bem.

Nesse sentido, se pagas pontualmente a maioria das parcelas, o devedor encontra respaldo no Enunciado nº 371⁹ do Conselho de Justiça Federal: "A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva."

⁹ **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados** - coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

Assim, Ruy Rosado de Aguiar Júnior explica que os deveres de confiança, de cuidado, entre outros, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva devem ser observados no caso concreto:

Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro e um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia a constituição de tais relações (diligencia *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé. (1991, p.239).

Logo, em razão da função defensiva da boa-fé objetiva, segundo Leite, contraria a preservação dos contratos:

[...] o rompimento dos contratos substancialmente já adimplidos seria injusto e contrariaria o princípio da manutenção dos contratos. A teoria aqui debatida paralisa ou impede a resolução contratual, pois evita que um pequeno descumprimento seja considerado como causa suficiente ao desfazimento do vínculo (2009, p. 240).

Nesse diapasão, existirá adimplemento substancial quando a prestação tiver sido essencialmente cumprida, assim limita-se o direito à resolução do contrato se parte relevante do vínculo houver sido alcançada (LEITE, 2009, p,240).

Continua o autor expondo que:

Em sendo mínimo o valor do inadimplemento se comparado com o valor global do contrato, verificando qual a medida que menos traz gravames para o devedor e atende aos interesses do credor, é de ser aplicada a teoria do adimplemento substancial (LEITE, 2009, p.248).

Desse modo, pode-se citar casos de adimplemento substancial com maior incidência, como sendo nos contratos de promessa de compra e venda e alienação fiduciária, onde frequentemente o contratante praticamente liquida o débito, porém, ao final do negócio jurídico sucumbe diante de pequena parcela do contrato.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰ já decidiu que:

¹⁰ **Apelação Cível N° 70063505093**, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Sbravati, Julgado em 26/03/2015 Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>> acesso em dez de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE MORA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. Considerando que o devedor quitou mais de 80% parcelas contratuais, é cabível a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Sendo cabível, in casu, ao credor buscar a satisfação de seu crédito por outros meios judiciais, nos termos do art. 5º do DL 911/69. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70063505093, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Sbravati, Julgado em 26/03/2015).

Desta forma, para buscar a quitação do débito, em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o bem imóvel ou móvel, como consequência do surgimento da pretensão ao crédito decorrente do prejuízo ao direito patrimonial. A perda de bem essencial, casa, automóvel, é um sacrifício demasiado ao devedor, em face do pequeno valor do débito.

Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo, ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se substancialmente adimplida a prestação, o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa, como por exemplo, o direito à indenização, de modo a garantir a permanência do negócio jurídico (DIDIER, 2009).

Nessa senda, para que haja a caracterização do adimplemento substancial é imprescindível que se verifique a proximidade entre o efetivamente concretizado e o previsto no contrato, que se verifique se a prestação imperfeita atende aos interesses do credor, ou seja, se não houve a quebra da utilidade da obrigação e se observe o esforço e a diligência do devedor em adimplir a obrigação (LEITE, 2009, p. 241).

É importante salientar que a aplicação da teoria do adimplemento substancial nas relações jurídicas, não é uma forma de estimular a inadimplência, com o não cumprimento dos contratos, mas sim de preservar as relações jurídicas, analisando com cuidado cada caso, e não simplesmente aplicando-a indistintamente.

Logo, observa-se que a teoria do adimplemento mínimo, tem sido aplicada com cuidado aos casos concretos. Assim, faz-se necessário trazer o entendimento jurisprudencial¹¹ referente a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial do contrato, nos casos em que o pagamento foi inferior a cinquenta por cento das parcelas.

¹¹ **Apelação Cível, Nº 70077565745**, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker. Julgado em: 14-06-2018. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em jan 2020.

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO. INADIMPLIDO. NOVAÇÃO. DESRESPEITADA. RECALCITRÂNCIA DO DEVEDOR. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. SALDO DEVEDOR DISTANTE DO RESULTADO FINAL. BENFEITORIAS. NAO CUMPRIMENTO DO ONUS DA PROVA. - Na hipótese restou avençado entre as partes um contrato de promessa de compra e venda que restou inadimplido. Face ao inadimplemento, as partes pactuaram novação da dívida, que também não foi adimplida pela parte devedora, consubstanciando atitude recalcitrante. - Audiência de Conciliação: não há previsão legal para a sua realização nas instâncias recursais. Em vista do artigo 334 do CPC, resta claro que o Juiz será o responsável por designar audiência de conciliação ou mediação. Ou seja, o dispositivo acaba por indicar que o ato pretendido deve ocorrer, primeiramente, perante o juízo a quo. Em sentido contrário, estar-se-ia causando o indesejado fenômeno da supressão de instância. - Adimplemento substancial: o valor pago até este momento não atinge o patamar de 40% do valor contratado, o que torna inviável a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial. Esta somente poderia ser aplicável se adimplemento fosse muito próximo do resultado final, o que não ocorre in casu, porquanto a dívida consolidada atinge mais de 60% do valor contratado. Nem mesmo a contrariu sensu, poder-se ia aplicá-la. - Benfeitorias: Não há se falar em indenização das benfeitorias no caso em comento, tendo em vista a inexistência de provas de que foram implementadas, nos termos do conjunto probatório realizado. Sem perder de vista que o instrumento contratual prevê que em caso de rescisão contratual por inadimplemento deve haver o levantamento das benfeitorias realizadas. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70077565745, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em: 14-06-2018).

Sob essa análise, um problema a ser enfrentado pelo julgador, é o parâmetro para a aplicação da teoria, como observado na jurisprudência, a falta de pagamento de uma ou até cinco prestações do contrato, não pode ensejar a resolução do vínculo, ou seja, o inadimplemento é insignificante em relação ao total da dívida.

Outrossim, destaca-se que não há um critério material, uma previsão legal, para avaliar o que pode ser considerado adimplemento substancial, ou adimplemento mínimo e por ser uma questão subjetiva deve ser analisado cada caso concreto com suas particularidades.

Nessa acepção, conforme o entendimento de Leite, para aplicação da teoria:

Não existe, contudo, critério mais específico ou objetivo para aferir a partir de qual percentual ou montante se pode dizer que houve adimplemento substancial do contrato. A análise será casuística, atendendo as particularidades de cada julgamento, pois não se pode dizer aprioristicamente o que pode ser entendido como adimplemento representativo ou substancial de modo a impedir ou mitigar a resolução do contrato. (LEITE, 2009, p.249)

Nessa linha, a doutrina aponta dois critérios para valoração do inadimplemento e a consequente aplicação da teoria. O primeiro critério, denominado de subjetivo, é usado para valorar o incumprimento como sendo ou não de escassa importância, levando em consideração a vontade hipotética do contratante não inadimplente, medindo o interesse no plano do interessado (BUSSATTA,2008, p.108).

O segundo critério, de caráter objetivo, leva em conta a economia do contrato, deixa de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer do seu interesse, importando na totalidade da relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, fazendo, assim uma comparação entre tudo o que fora programado no contrato e aquilo que efetivamente foi realizado (BUSSATTA, 2008, p.109).

Nesse contexto, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Estaduais, têm aplicado o segundo critério, quando, por exemplo, admitem que não cabe liminar de busca e apreensão, considerando o pequeno valor do débito e o valor efetivamente pago.

Destarte, segue entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹²:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOVOS CÁLCULOS. Cabimento. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. Atenta contra a boa-fé a apreensão do bem quando o contrato de financiamento está substancialmente adimplido, já que importa em medida impositiva de lesão desproporcional ao consumidor. Inviabilidade do pedido. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70009127531, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sejalmo Sebastião de Paula Nery, Julgado em 28/10/2004).

Nesta senda, ao julgar do REsp. nº 1.215.289-SP¹³, o Ministro Sidnei Beneti, ao proferir seu voto, assim se pronunciou sobre o tema:

Observe-se que no adimplemento substancial tem-se uma evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para uma verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato. Nessa linha de pensamento, há que observar dois critérios que embasam o acolhimento do adimplemento substancial:

¹² Apelação Cível Nº 70009127531, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sejalmo Sebastião de Paula Nery, Julgado em 28/10/2004. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=> acesso em dez de 2019.

¹³ Entendimento retirado do Julgado REsp. nº 1.215.289- do Superior Tribunal de Justiça .

a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida. Veja-se que o desenvolvimento da teoria em referência teve por escopo permitir que uma das partes contratuais não se beneficiasse de tímida aparência de descumprimento contratual por parte da outra, servindo assim a teoria a obstar o enriquecimento ilícito.

Contudo, a presente teoria tem como objetivo evitar a resolução contratual, e, assim preservar as relações jurídicas, proibindo o abuso de direitos, obstando o enriquecimento ilícito, previsto nos artigos ¹⁴884 a 886 do Código Civil, ou seja, o acréscimo de bens de uma pessoa em detrimento de outrem.

Portanto, ressalta-se que a preservação das relações jurídicas é medida que se impõe nas decisões das contendas judiciais, isso porque, a teoria do adimplemento substancial impossibilita a resolução do contrato nas ocasiões em que o pacto já esteja com uma considerável quantidade de parcelas quitadas, estando tal teoria consubstanciada nos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, porém confere ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito

Dessa forma, conclui-se que, ocorrendo inadimplemento de escassa importância, a resolução não é a medida acertada a se impor, pois é contrária a finalidade econômica do contrato, sendo tal medida vedada pela boa-fé objetiva, que limita abusos de direitos. Assim, somente se deve resolver o vínculo contratual, quando o inadimplemento for relevante e prejudicial aos interesses do credor de modo a afastar a finalidade do contrato.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BRASIL **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Novo Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em dez de 2019.

¹⁴Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. (BRASIL, Código Civil brasileiro, 2019).

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, > acesso em dez de 2019.

_____, **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : Enunciados aprovados** - coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 883.990/RJ**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma. Julgado em 01/04/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em dez de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70083373472**. Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires. Julgado em: 12-12-2019. Disponível <<http://www.tjrs.jus.br/site/buscasolr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em jan de 2020.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70063505093**. Relator: Roberto Sbravati. Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 26/03/2015. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>> acesso em dez de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70009127531**. Relator: Sejalmo Sebastião de Paula Nery. .Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 28/10/2004. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=> acesso em dez de 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, Nº 70077565745**, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em: 14-06-2018). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>,> acesso em jan 2020.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial** - Col. Profº Agostinho Alvim - 2ª edição. Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito civil 3: contratos**. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.
DIDIER, Fredie Júnior. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br>. Acesso em dez de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. rev. e atual. L São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**: 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Rodrigo Costa Rodrigues. **Teoria do Adimplemento Substancial ou do Inadimplemento de Escassa Importância: reflexos da boa-fé objetiva.** Revista Direito e Liberdade. Natal. V. 11, nº2, p.231-252. Jul/dez 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/index.asp/id=507>> Acesso em dez 2019.

NERY JR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: Estudo em homenagem ao prof. Miguel Reale . São Paulo: LTr,2003.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **Teoria do adimplemento substancial.** Jus Navigandi, Teresina,n. 3743, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25425>>. Acesso em nov. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1980, p. 299.

REIS, Jorge Renato dos. **A função social do contrato e sua efetiva vinculatividade às partes contratantes.** Revista do Direito. Departamento de Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul, n. 16, p. 109-139, jul/dez, 2001.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil – Teoria Geral e Contratos em Espécie.** 3ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador/BA: JusPODIVM, 2013.

_____.**Código Civil Comentado**, Coordenação do Ministro César Peluso, 5ª ed. Barueri/SP: Manole, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo - **Contratos** -Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Clóvis do Couto e: **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n.º 1, v. 9, p.60).

SILVA, Ligia Neves. **O princípio da função social do contrato. Conteúdo e alcance. Análise econômica.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em:<<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em dez 2019.

CRIMINOLOGIA JURÍDICA - O COMPORTAMENTO CRIMINOSO

Maria Helena Ferreira Viegas¹

RESUMO: Este artigo surge com a intenção de construir argumentos sobre o perfil psicopata, evidenciando o funcionamento de sua mente e os diversos níveis de seus agravos com base em revisões bibliográficas sobre psicologia jurídica, criminologia, experiências e atuações profissionais em casos verídicos. Ainda, será necessário reconhecer a função da Polícia judiciária, Ministério Público e o Poder Judiciário no efetivo controle social. A centralidade desse texto se desdobra em caminhos que inferem elementos essenciais para compreender a mente psicopata, suas características, das maneiras de como identificá-los e se há ou não cura para tal transtorno de personalidade. Com os resultados, foi possível afirmar que a criminologia jurídica, por ser uma ciência empírica, trouxe as observações, as experiências e os estudos de caso como peças fundamentais na identificação dos níveis de periculosidade de um psicopata, dos danos que podem causar no convívio social e dos crimes que podem cometer. A partir disso, conseguiu-se delinear alguns pontos importantes do perfil psicopata, sobressaindo-se como exemplo: o poder de manipulação e as faltas de empatia e amor. Dessa forma, é fatídica as lacunas existentes nas organizações familiares, na educação e nos processos de construção social desses seres. Sendo assim, os resultados contribuíram para definir o perfil psicopata, bem como para facilitar o entendimento sobre quais aspectos são necessários na identificação dos casos de psicopatia – sociopatia no cotidiano, em diferentes espaços.

Palavras-chave: criminologia jurídica, psicologia jurídica, psicopata.

O presente artigo traz considerações de estudos bibliográficos sobre psicologia jurídica, conhecimentos de criminologia adquiridos na formação acadêmica, experiências profissionais e atuações em casos verídicos. Nessas últimas circunstâncias, deparei-me com clientes que possuíam traços visíveis de psicopatia, tal como nos ensina os especialistas da área da psicologia.

Com esse perfil o foco é o transgressor, que causa danos de toda ordem às vítimas, frequentemente esses danos são irreparáveis, reconhecer esses níveis torna-se uma maneira de alertar as pessoas sobre os sinais que eles deixam escapar, em que pese, são pessoas inteligentes, articuladas e manipuladoras. Infelizmente, a maioria dos psicopatas estão fora das grades e os poucos casos que chegam ao judiciário, em sua maioria não são condenados por ausência de provas que as vítimas conseguem fornecer.

¹ OAB/RS: 34.322, Advogada Criminalista desde 1993. Graduada e Pós-Graduada em Processo Penal pela UNIRITTER, Canoas/RS. E-mail: mhliberare@hotmail.com

Para entendermos o comportamento criminoso é essencial ter uma base do que é a criminologia jurídica, tratando-se de uma ciência empírica, que se baseia na observação, na experiência e interdisciplinaridade, que estuda o crime, a personalidade do autor, do comportamento delitivo, a vítima e o controle social das condutas criminosas. O estudo da criminologia vem ganhando espaço e é a ciência que possui as ferramentas para examinar o fenômeno criminológico que ocorre na sociedade.

Um dos pilares das ciências criminais é o estudo da criminologia, porque procura entender a pessoa do delinquente, o que leva a cometer um ato ilícito e o gatilho que o impulsiona a cometer este ou aquele crime. Como existem vários tipos de criminosos, objetiva-se aqui entender a mente psicopata, suas características, como identificá-los e se há ou não cura para tal transtorno de personalidade.

A criminologia considera o fenômeno criminal como problema social, estudando essa questão sob o ângulo biopsicossocial e investiga as causas do crime, a pessoa do transgressor e as quais as formas de prevenir .

Feita essas breves considerações, veremos a questão de como funciona a mente do transgressor, com foco no psicopata, seus variados níveis e o papel do controle social realizado pelas instituições (suas sanções), tais como a Polícia judiciária, Ministério Público e o Poder Judiciário.

O ramo da Advocacia Criminal, depara-se com os mais variados tipos de pessoas, que em determinado momento, cometem um ou mais crimes, podendo variar desde pequenos furtos à estelionatos mais graves como exemplo: homicídios, estupros, latrocínios, etc. Cada pessoa traz consigo características próprias da sua natureza, somando-se às experiências mais diversas da infância, adolescência e vida adulta, assim como a condição social, meio onde vive e que acabam definindo os traços de sua personalidade.

Como dito acima, o foco são os criminosos com perfil de psicopata, suas características, os danos que podem causar as pessoas que convivem ao seu redor e os crimes que podem cometer contra a vida. Ainda, salienta-se que quando são denunciados, precisa-se compreender de que maneira é exercido o controle social formal citado acima, e quando não é suficiente o controle social informal feito pela sociedade.

Segundo estatísticas, os psicopatas representam 4%² da população, o psicopata é uma pessoa fria, manipuladora, insensível, transgressora de regras sociais, desprovida de emoção e consciência, empatia ou compaixão pelo outro, ele não sente remorso e sequer sabe o que é sentimento de culpa. Existem os Psicopatas com vários níveis de periculosidade: leves, médios e com alto grau que são os mais graves e destruidores em potencial.

Os leves são aqueles que prejudicam suas vítimas, enganando manipulando, dando prejuízos financeiros, mas nunca chegarão a cometer crimes violentos, como homicídio².

“Esses psicopatas são “predadores sociais” com aparência humana estão por aí, misturados conosco, incógnitos, infiltrados em todos os setores sociais. São homens, mulheres, de qualquer etnia, credo ou nível social. Trabalham, estudam, fazem carreiras, casam, tem filhos, mas, definitivamente, não são como a maioria das pessoas: aquelas a quem chamaríamos de “pessoas do bem”².

Os Psicopatas, por serem frios, sem escrúpulos, manipuladores e envolventes são totalmente desprovidos de consciência, o que é característica de um ser humano normal. Eles visam apenas seus interesses e benefícios próprios e não estabelecem vínculos afetivos e são incapazes de se colorarem no lugar do outro e entender a sua dor. A consciência é uma qualidade que transita entre a razão e a sensibilidade, o que inexistente em um ser psicopata, pois não conseguem nutrir o sentimento tão nobre que é o amor incondicional.

A grande maioria dos psicopatas não matam, são predadores sociais, vampiros de energia e não estão dentro do sistema prisional, vivendo como pessoas normais e aparência de bom cidadão. O caráter dá as pessoas um grau de respeito que devem ter pelos outros, os seres normais gostam uns dos outros, nós gostamos só porque eles são seres humanos como nós. O psicopata não tem esse grau de respeito, pois tem uma alteração no seu caráter.

“Só quem tem na família portadores com essa predisposição genética é capaz de avaliar a importância do assunto em questão. Difícil também é encontrar profissionais qualificados na área da saúde mental aptos a formar tal diagnóstico. São anos percorrendo consultórios de psicólogos, terapeutas e psiquiatras, que na maioria das vezes chegam realmente a acusar os pais por esse tipo de comportamento. Ao encontrar um profissional que nos dê esse terrível diagnóstico, a dor é grande, mas é quando chegamos à conclusão de que, se erramos, erramos tentando acertar. E, até chegarmos a esse ponto, muita tristeza e muito dinheiro foram necessários. Célia Ruiz, Guarujá, SP”³.

² SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas – O Psicopata mora ao lado*. 2ª ed., 2014. p. 19.

³ MORANA, Hilda. *Psicopatia por um Especialista*. Psychiatry on line Brasil. Part of the International Journal of Psychiatry - ISSN 1359 7620 - A trade mark of Priory Lodge Education LTD. Editor: Walmor J. Piccinini. cap. 1, 2017. Disponível em < <https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>>. Acesso em ago.2019.

A psicopatia é a forma mais grave de transtorno da personalidade e são os casos que acabam cometendo crimes violentos. A diferença entre defeito do caráter e psicopatia é qualitativa. O Psicopata é cruel, tem uma crueldade fortuita apenas porque é da sua natureza ser insensível ao outro³.

Os estudiosos e especialistas nessa área afirmam que além de psicopatas, também são denominados como sociopatas, personalidades antissociais, dissociais e personalidades amorais. É importante que as pessoas se atentem para as características que definem os psicopatas e observem os sinais, pois mesmo sendo cuidadosos, inteligentes, com raciocínio frio e calculista, sempre deixarão pistas de quem são.

Afastar-se desses seres antes de ser a sua próxima vítima, não é tarefa fácil. Essas criaturas podem estar no nosso meio como no trabalho, vida social, rol de amigos e conhecidos e com muita facilidade conseguem seduzir suas vítimas, causando-lhes danos, no entanto, sem sentir qualquer remorso ou culpa por seus atos.

Está claro que as falhas na construção das organizações familiares, sociais, educacionais, meio onde vivem são fatores importantes para entender e identificar um psicopata com transtornos de personalidade, sempre prontos para causar danos, sem qualquer remorso ou culpa. Quanto maior soma de informações sobre o tema, mais fácil será sua identificação, evitando que pessoas puras e indefesas se tornem uma de suas vítimas, pois muitas vezes ocasionam danos irreparáveis, tanto moral, psicológico, quanto financeiros.

Na atuação da esfera criminal, é possível se deparar com clientes com esse perfil, contudo, conforme as características definidas sobre essas pessoas é difícil identificar essas pessoas, até mesmo para o Judiciário. Vale destacar que existem especialistas que atuam para dar suporte ao julgador, como psicólogos e assistentes sociais. Como grandes mentirosos e manipuladores, os psicopatas conseguem enganar os profissionais na hora de avaliação da personalidade e sua conduta social e intramuros no momento de obter benefícios na execução penal, como a progressão para o semiaberto.

Para exemplificar, usando nome fictício, cito um caso verídico em que atuei recentemente na defesa de um estelionatário. Guilherme, um homem de 36 anos se dizia empresário de sucesso, boa aparência, inteligente e bem articulado, desfilava em carros de luxo, alternando em três modelos diferentes, mas respondia seis processos por estelionato,

sendo suas vítimas todas mulheres maduras, viúvas, solteiras ou separadas, porém com uma situação financeira privilegiada e estável.

Em todos os casos o acusado/cliente se dizia vítima perante as reais vítimas, essas últimas o acusavam de ter extorquido vultosas quantias, por meio de pagamento de viagens, financiamentos de carros, empréstimos de cheques que nunca recebiam os valores de volta. Essas pessoas estavam com vergonha de denunciar, pois as vítimas foram enganadas e como na maioria dos casos, sentem-se constrangidas até chegar no judiciário.

Difícilmente elas conseguem provar que os valores repassados por depósito, em mãos, financiamentos e cheques emprestados, tratam-se de um engodo, um estelionato, ou seja, que eram vítimas de um criminoso. Nesse caso citado, o réu sempre alegava que nunca pediu dinheiro ou outros benefícios, pois as viagens eram pagas pelas vítimas por sua livre vontade, onde aquele era convidado pelas mesmas. Os valores nunca eram depositados na conta do réu, eis que usava nomes de laranjas ou outras namoradas.

O pretexto mais frequente para convencer suas vítimas a caírem nos seus golpes era de que tinha altos valores a ser recebido, inclusive, mostrando alvarás falsificados, depósitos em sua conta, bloqueados para serem liberados em 48 horas. Jamais explicou como ele conseguia tais documentos com aparência de verídicos, tentando convencer sua procuradora que ele era sempre a vítima.

Como todo o psicopata, esse réu e ex-cliente, tinha um comportamento aparentemente normal, mas visivelmente mostrava seu ego inflado e um mentiroso patológico. Em contraponto, em que pese levar prejuízos financeiros gigantescos, assim como psicológicos às suas vítimas, está na categoria dos leves ou moderados, pois estelionatários são incapazes de sujar suas mãos com sangue.

O resultado dos seis processos foi que somente uma delas logrou êxito em provar que fora enganada pelo transgressor, que possuía com clareza o perfil de psicopata. Eis, que possuía todas as características elencadas no perfil traçado no presente artigo.

Outro exemplo, porém da ficção, trata-se do personagem Sandoval da série VIS A VIS, recentemente transmitida via NETFLIX⁴. O personagem era um médico do Presídio Feminino de Cruz do Sul, no México com visíveis traços de psicopata. Subjugava, usava, humilhava suas vítimas (prisioneiras) e algumas sofreram estupro, que nunca conseguiram

⁴ VIS A VIS. Produção: Migue Amoedo. Espanha: Globomedia. Netflix. Série. Suspense Criminal. 2018.

provar nada contra o médico psicopata, que chegou à Diretoria do presídio em razão de seu poder de manipulação.

Mais um crime verídico e de grande repercussão foi o Caso Daniela Peres ocorrido em 1992⁵, quando Guilherme de Pádua e Paula Thomaz mataram a atriz. Foram condenados em 1997 à pena de 19 e 18 anos, respectivamente. O crime foi premeditado por ambos. Teses de ciúmes ou magia negra foram cogitados, mas descartados.

É sabido que tal fato ocorreu por conta de questões profissionais, pois na época atuavam como um casal na novela *Corpo e Alma*. Em razão do caso Daniela, sua mãe a escritora Glória Peres, fez um movimento conseguindo um milhão e trezentas assinaturas, que resultou na criação da Lei 8930/94, incluindo o homicídio qualificado, já existente na Lei dos Crimes Hediondos⁶.

Por fim, em que pese aos réus, Pai e Madrasta do Caso Bernardo⁷, não terem sido diagnosticados com nenhuma patologia mental, onde a Lei considera os loucos inimputáveis⁸, o pai e a madrasta de Bernardo Boldrini carregavam diversos traços de perfil psicopata. Analisando conteúdo dos autos, os depoimentos de familiares e conhecidos da vítima desse caso, assim como os vídeos divulgados onde o pai do menino torturava psicologicamente o filho.

Ainda, segundo testemunhas que davam amparo à vítima Bernardo após a morte da mãe, ele era deixado sem alimentação, malvestido e também relataram as inúmeras vezes que pediu socorro para uma vizinha, assim como junto ao Ministério Público para não o deixar com o pai e a madrasta⁶. A título informativo, em 04/04/2014 Bernardo foi morto e o corpo achado 10 dias após, quando prenderam o Pai Leandro Boldrini, a madrasta Gracielli, Evandro e Edelvânia, como partícipes e condenados em março/2019 as penas de 33 anos, 34 anos, 23 anos e 9 anos e 6 meses de prisão, respectivamente.

⁵ JUSBRASIL. Caso Daniela Peres. 1992. Disponível em <<https://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2288519/o-homicidio-qualificado-a-historia-de-uma-emenda-popular>>. Acesso em ago.2019.

⁶ BRASIL. Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

⁷ JUSBRASIL. Caso Bernardo. 2014. Disponível em <<https://ambitojuridico.jusbrasil.com.br/noticias/219297185/caso-bernardo-reus-vaio-a-juri-popular>>. Acesso em ago.2019.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei 2848/40 de 7 de dezembro de 1940. Art. 26 do Código Penal. Dispõe que os loucos são inimputáveis.

A psicopatia está entre os distúrbios mentais mais difíceis de diagnosticar, tendo em vista que apresentam aparência de pessoas normais, mas não o são, pois sua personalidade é distorcida, sem emoção, incapazes de formar vínculos afetivos, sem consciência, falta de remorso ou culpa, ausente de empatia em seus atos transgressores, desrespeitando os outros, ignorando as leis. Para psicopatas, essas atitudes são atos normais e até corriqueiros, a falta de respeito pelos direitos dos demais indivíduos é uma característica implícita no distúrbio psicopata-sociopata, através da manipulação, eles aprendem como as emoções funcionam, sendo capazes de imitar de maneira idêntica.

Na escala de Hare⁹, também chamada de Escala de Hare, pode-se medir o nível e a verificação da psicopatia. No teste, um clínico entrevista um potencial psicopata e o classifica em 20 critérios, dentre eles está o comportamento sexual promíscuo ou impulsividade. Em cada critério, o sujeito é classificado em uma escala de 3 pontos: 0 = item não se aplica; 1 = item se aplica um pouco; 2 = item definitivamente se aplica. As pontuações são somadas para criar uma classificação de zero a 40 e qualquer um que obtém 30 pontos ou mais é provavelmente um psicopata.

Portanto, pode-se identificar pelo menos cinco traços de psicopatia patológica nos casos citados acima, respectivamente: mentira patológica, ausência de culpa, sentimentos superficiais, falta de empatia, e narcisismo exagerado. Ressalta-se que não podemos atestar clinicamente que tal indivíduo é portador de psicopatia, sem antes ser realizado o devido teste, por profissionais especialistas da área, mas é possível identificar traços de personalidade e comportamento que permitem de maneira lógica e racional, obtermos cuidado e muita atenção ao menos com as principais características e sinais que deixam em sua trajetória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei 2848/40 de 7 de dezembro de 1940. Art. 26 do Código Penal.** Dispõe que os loucos são inimputáveis.

_____. **Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994.** Dá nova redação ao art. 1o da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

HARE, Robert D. **Psychopathy: Theory and research.** New York: Wiley. 1970.

⁹ HARE, Robert D. *Psychopathy: Theory and research.* New York: Wiley. 1970.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Criminologia é conhecimento essencial para a polícia judiciária**. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/academia-policia-criminologia-conhecimento-essencial-policia-judiciaria>>. Acesso em ago.2019.

JUSBRASIL. **Caso Bernardo**. 2014. Disponível em <<https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/219297185/caso-bernardo-reus-vao-a-juri-popular>>. Acesso em ago.2019.

_____. **Caso Daniela Peres**. 1992. Disponível em <<https://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2288519/o-homicidio-qualificado-a-historia-de-uma-emenda-popular>>. Acesso em ago.2019.

MORANA, Hilda. **Psicopatia por um Especialista**. Psychiatry on line Brasil. Part of the International Journal of Psychiatry - ISSN 1359 7620 - A trade mark of Priory Lodge Education LTD. Cap. 1, 2017. Editor: Walmor J. Piccinini. Disponível em <<https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>>. Acesso em ago.2019.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas – O Psicopata mora ao lado**. 2ª ed., 2014. p. 19.

VIS A VIS. **Produção**: Migue Amoedo. Espanha: Globomedia. Netflix. Série. Suspense Criminal. 2018.

PODER VERBAL: O QUE É E QUAL A SUA REAL NECESSIDADE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA CRIMINAL FEMININA

Emiliane França Gauer¹

Mariana Camargo²

RESUMO: Trata-se de um olhar sobre os motivos pelos quais nós, advogadas criminalistas, precisamos ter uma postura impositiva para que sejamos notadas e ouvidas no nosso meio de atuação. O poder verbal – visto como a capacidade de fazer com que os outros efetivamente ouçam e reflitam com relação àquilo que se diz – é característica nata de alguns e pode ser adquirida com o passar do tempo por outros, mas, incontestavelmente, para todos que o detêm, é um diferencial humano inquestionável. Quando a perspectiva de análise passa pelas lentes de gênero, percebe-se que, para as mulheres, o desenvolvimento deste “poder de comunicação oral” é indispensável, necessário e impreterível para a sobrevivência e destaque no cotidiano da advocacia criminal.

Palavras-chave: Poder verbal; Advocacia criminal; Gênero; Prática jurídica; Mulher.

INTRODUÇÃO

Falar em “Poder Verbal”, é falar sobre a capacidade de se comunicar de forma eficiente. Eficiência, neste contexto, significa cativar espaço para que haja compreensão empática daquilo que se diz. A entonação e a sustentação de argumentos também são manifestações importantes desta capacidade despertar interesse no interlocutor e conseguir escuta. O que se quer com este “poder”, dentro do exercício da advocacia criminal feminina é, portanto, se fazer ouvir para que então se possa sustentar argumentos. Mas como fazê-lo em um ambiente em que geralmente a mulher não é percebida como profissional de modo instantâneo?

Em um cenário em que há diferenciação hierárquica de autoridade de voz em virtude do gênero do locutor – onde os homens, independentemente de suas personalidades, são mais ouvidos do que as mulheres em ambientes do cotidiano da advocacia criminal (fóruns, presídios, delegacias, etc.) – existe uma necessidade maior de se desenvolver as habilidades de comunicação por parte das advogadas.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada criminalista (OAB/RS nº 106.820). Contato: emilianecriminalista@gmail.com

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista (OAB/RS nº 76.315). Contato: mariana@camargomasi.com.br

Para estruturação deste escrito, deve-se ter como premissa que no tocante à personalidade, em geral, as pessoas podem ser divididas de acordo com pelo menos duas grandes categorias: I) aquelas que são expansivas e comunicativas, seres sociais e de comunicação direta, e; II) as que são tímidas, introspectivas e preferem não estar em situações de demasiada atenção. Por assim ser, pode-se dizer que estamos falando de quatro grupos distintos: homens expansivos e comunicativos; homens tímidos e introspectivos; mulheres expansivas e comunicativas e mulheres tímidas e introspectivas.

Esclarece-se que a intenção desta escrita não é a de descobrir e analisar as disparidades entre homens e mulheres no exercício da advocacia criminal, nem mesmo de sugerir que existe uma desigualdade inequívoca no cotidiano profissional destes, eis que, como será apontado, existe certa igualdade quando visto por uma determinada ótica.

É devida essa atenção, pois é necessário ter clareza de que sim, existem mulheres que não vivenciam (ou pelo menos não percebem) o impacto de serem mulheres e criminalistas. E por que essa minoria feminina é diferente? Provavelmente por possuírem a habilidade do poder verbal nata, ou pelo fato de se adaptarem ao meio para fins de sobrevivência dentro da prática jurídica criminal. O que se argumenta no presente artigo é que a chave para essa questão é justamente o modo com que essas mulheres se comunicam.

Mulheres que não experimentam diariamente esse impacto de não serem ouvidas, são consideradas popularmente como “mulheres de personalidade forte”, ou são tidas até como detentoras de características masculinas, em virtude de sua postura e voz de comando. A simples existência dessas mulheres na sociedade acaba fomentando a ideia de que inexistem assimetria entre gêneros. De fato, essas mulheres rotuladas como pessoas “de personalidade forte”, encontram com mais facilidade saídas para os limitadores que lhes são impostos, justamente porque possuem a habilidade de entonação de voz impositivo e autoridade.

Assim, sob a perspectiva daqueles quatro grupos, olha-se com atenção àqueles que chamaremos de número dois e número quatro: homens tímidos, introspectivos e criminalistas, e mulheres tímidas, introspectivas e criminalistas. O recorte foi feito deste modo, pois se nota no cotidiano da advocacia criminal que homens e mulheres detentores de um alto poder verbal, de fato não estão em posições de disparidade. Mulheres com uma potência de voz maior conseguem se posicionar tal qual homens que também possuem essa característica.

A questão aqui abordada é: e as demais? Por que aquelas advogadas criminalistas que não carregam essa autoridade na voz são tidas, muitas vezes, como incapazes ou insuficientes pelo simples fato de falarem mais baixo e, de outro lado, os advogados com essas mesmas características conseguem desenvolver sua atuação de modo pacífico, eficiente e, ainda assim, serem vistos apenas como alguém com um perfil “menos combativo”?

É sobre toda essa problemática que o presente trabalho busca lançar suas luzes, de modo a contribuir para que essa realidade, pouco a pouco, comece a ser vista e desconstruída, bem como para que os pré-conceitos existentes em desfavor daquelas advogadas criminalistas de perfil introspectivo deixem de ser avistados como fraqueza, incapacidade ou ausência de competência para atuar na esfera criminal.

Por conseguinte, o desenvolvimento deste artigo se dará em dois capítulos que analisarão, respectivamente os seguintes elementos: I) o que é o poder verbal e, II) qual é a sua necessidade no exercício da advocacia criminal feminina.

Que o presente seja um instrumento de reflexão, aprendizagem e principalmente, empoderamento.

CAPÍTULO I – O QUE É O PODER VERBAL?

Para fins de nivelamento, é de suma importância que se explique e por isso se questiona: mas enfim, o que é o “Poder Verbal”? A análise prévia diz respeito ao próprio conceito de “poder”, que pode ser lido como substantivo, significando o “poder” como jurisdição, império, autoridade e, também, o “poder” enquanto força, potência, influência, poderio. Há, ainda, o “poder” em sua forma verbal, que remete à ação de poder realizar algo, autorização, faculdade ou capacidade de agir.³

Ao conceituarmos “verbal” também encontramos mais de um significado, eis que é um adjetivo de dois gêneros. “Verbal” pode ser referente à conjugação verbal, ou seja, palavras derivadas do verbo, e ainda, pode ser o adjetivo referente ao que é expresso

³ MARUCCO, Norberto Carlos Marucco; MARUCCO, Alejandra Vertzner de. A prática analítica atual e a problemática do poder. **R. Psiquiatr.** RS, 26(3): 259-267, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a02.pdf>, Acesso em: 19.11.2019.

oralmente, em viva voz.⁴ Deste modo, quando se fala em “poder verbal”, está se referindo ao substantivo “poder” e ao adjetivo “verbal” referente ao que é dito, sendo assim, “poder verbal” nada mais é do que literalmente a força, potência, influência de se expressar oralmente, em viva voz.

Geralmente, pessoas que possuem esse traço de comunicação mais evidente são cotadas a cargos de liderança, frentes de trabalhos em palestras, apresentações ou, no caso da advocacia, são aqueles indicados a fazer as sustentações orais, presidir mesas de debates ou realizar audiências.

Essa característica passa por várias facetas, desde a entonação de voz, até o vocabulário escolhido e a linguagem corporal utilizada, buscando sempre uma maior conexão com o interlocutor e potencializando o poder de compreensão e persuasão, de modo que aquele que escuta, empatize com o discurso e compre a ideia lançada.

Entretanto, além deste desenvolver de carisma buscando conexão, existe pelo menos mais duas faces que são: I) a potencialidade de transmitir autoridade na voz; e II) a capacidade de reagir em situações de pressão psicológica.

Os autores John Conley⁵ e Robin Lakoff⁶ consideram que existem algumas expressões que “desempoderam” os discursos. Para Robin, superlativos, perguntas no meio das frases, adjetivações e uma gramática super correta são desinteressantes para que o discurso tenha acolhimento. O autor inclusive sugere que a fala da mulher está associada a um menor poder social justamente por possuir esse tipo de linguagem. Já John define que um discurso imponente seria aquele em que estão ausentes expressões de dúvida, formas demasiadamente educadas, intensificadores de expressão e hesitações vocais.

Robin Lakoff⁷ faz importantes considerações acerca do motivo pelo qual a forma de comunicação das mulheres comumente é hostilizada e diminuída, acarretando em uma fragilidade de comunicação na vida adulta e consequente diminuição de seu poder verbal.

⁴ DICIO. Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/verbal/>, Acesso em: 26.11.2019.

⁵ CONLEY, John M.; O'BARR, William M.; LIND, E. Allan. The Power of Language: Presentational Style in the Courtroom. **Duke Law Journal**. 1978(6), January 1979. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/254588490>. Acesso em: 27.11.2019.

⁶ LAKOFF, Robin. Language and Woman's Place. **Language in Society**, Vol. 2, No. 1 (Apr., 1973), pp. 45-80. Cambridge University Press. Disponível em: https://web.stanford.edu/class/linguist156/Lakoff_1973.pdf. Acesso em 27.11.2019.

⁷ LAKOFF, Robin. Language and Woman's Place. **Language in Society**, Vol. 2, No. 1 (Apr., 1973), pp. 45-80. Cambridge University Press. Disponível em: https://web.stanford.edu/class/linguist156/Lakoff_1973.pdf. Acesso em 27.11.2019. p. 47, tradução livre.

Segundo o autor, há uma desempoderamento verbal desde a infância que deixa vestígios de comunicação na vida adulta.

De acordo com as suas pesquisas, quando uma menina pequena “fala grosso” – da mesma forma que um menino falaria sem causar nenhuma reação –, ela normalmente será hostilizada, repreendida ou caçoada. Ou seja, a conduta social esperada de uma menina é que ela se comunique de modo suave, em tom de voz baixo e calmo. O que tem tudo a ver com o “fale como uma menina”, expressão tradicional que evoca uma diferenciação quanto ao que se espera de uma menina socialmente.⁸

Assim sendo, neste determinado aspecto, ensinar e se utilizar de uma linguagem doce (ou seria submissa?) na criação de meninas pode vir a acarretar em um grave problema no futuro: ao se comunicarem da forma que aprenderam na infância, na vida adulta, essas meninas que agora são mulheres, não serão levadas a sério. Em virtude do jeito que se comunica, essa hipotética “jovem-mulher”, será apontada como alguém incapaz de falar com precisão ou se expressar com força (tradução livre e adaptada pelas autoras).⁹

Essa situação gerada desde tenra idade, acarreta que, ainda que a menina tenha um potencial combativo a ser desenvolvido, não se escape de ser taxada, reprimida ou caçoada quando fizer uso desse. O espírito de liderança e, por assim dizer, seu “poder verbal”, será desencorajado em sua fase de construção de personalidade.

A menina que fala alto e quer brincar na rua, precisa ser “princesa”. Feminina, delicada, que cuida dos filhos e mantém o lar em harmonia. Não haveria problema nisso se, enquanto ela está sendo treinada para ficar em casa e possuir um comportamento passivo – para não dizer submisso – os meninos não estivessem aprendendo a ser “super-heróis” e

⁸ Esta questão é perfeitamente abordada pelo vídeo “Always #LikeAGirl” da campanha publicitária do absorvente íntimo *Always*, que faz um resignificar do que é “agir, brincar, correr, lutar, jogar como uma menina”. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XjJBjWYDTs>.

⁹ LAKOFF, Robin. *Language and Woman's Place*. **Language in Society**, Vol. 2, No. 1 (Apr., 1973), pp. 45-80. Cambridge University Press. Disponível em: https://web.stanford.edu/class/linguist156/Lakoff_1973.pdf. Acesso em 27.11.2019. p. 47, tradução livre: “If a little girl 'talks rough' like a boy, she will normally be ostracized, scolded, or made fun of. In this way society, in the form of a child's parents and friends, keeps her in line, in her place. This socializing process is, in most of its aspects, harmless and often necessary, but in this particular instance - the teaching of special linguistic uses to little girls - it raises serious problems, though the teachers may well be unaware of this. If the little girl learns her lesson well, she is not rewarded with unquestioned acceptance on the part of society; rather, the acquisition of this special style of speech will later be an excuse others use to keep her in a demeaning position, to refuse to take her seriously as a human being. Because of the way she speaks, the little girl - now grown to womanhood - will be accused of being unable to speak precisely or to express herself forcefully.”

sendo instruídos a serem superiores às meninas.¹⁰ A eles se ensina que o comportamento do homem deve ser impositivo, poderoso.

Suas brincadeiras primeiramente preenchem as ruas para posteriormente ocupar os espaços e cargos públicos.¹¹ É notável o quanto dessa simbologia está introjetada culturalmente e reproduzida na fase adulta de cada uma dessas crianças.¹² Os homens, que naturalmente já possuem um lugar social público imediato, preenchem as ruas e os cargos de poder. As mulheres ficam à sua mercê, esperando o final feliz, vinculadas a uma história infantil que mal lembram como começou. Generalidades de reprodução.

Olhando para este cenário, muitas das meninas que estão situadas no grupo quatro – as tímidas e introspectivas – por vezes não teriam formado sua personalidade por esse viés, mas sofreram um incentivo externo neste sentido, tendo diminuídas as suas potencialidades de liderança e independência.¹³

Enquanto isso, os meninos, como “super-heróis” que são criados, são incentivados, desde cedo, a falar alto e a se impor, estimulados a desenvolver essa capacidade de “dominação de ambiente”. Sendo assim, o efeito é o reverso do encontrado no público feminino: muitos dos meninos que seriam mais contidos e introspectivos são motivados a se desenvolverem social e verbalmente, potencializando sua força de fala, o seu poder verbal.

A problemática do gênero sob a perspectiva da teoria das “princesas” *versus* “super-heróis”, denota por onde transita a diminuição de espaço para a voz das meninas quando chegam na fase adulta e o conseqüente sentimento de incapacidade ou a falsa percepção de que mulheres não podem exercer determinadas profissões por não serem “atividade femininas”.¹⁴

¹⁰ PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **O desafio da igualdade** (Vídeo). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=04u0UHEq2f4>. Acesso em: 20.12.2019.

¹¹ PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **O desafio da igualdade**: Episódio 01 - Existe brinquedo de menino e de menina? (Vídeo). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xqflQwIe--A>. Acesso em: 20.12.2019.

¹²VILAÇA, Maria Giselda da Costa. **O Despertar das Princesas**: transformações do imaginário feminino e a relação com o consumo de suas representações midiáticas (mudaram as princesas?) Trabalho apresentado no **Congresso Internacional Comunicação e Consumo (Comunicon2016 – ESPM)**, no Grupo de Trabalho Comunicação, consumo e identidade: materialidades, atribuição de sentidos e representações midiáticas, do 6º Encontro de GTs da Pós-Graduação, realizado nos dias 13 a 15 de outubro de 2016. Disponível em: http://anais-comunicon2016.espm.br/GTs/GTPOS/GT2/GT02-GISELDA_VILACA.pdf. Acesso em: 27.12.2019..

¹³ PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **O desafio da igualdade**: Episódio 01 - Existe brinquedo de menino e de menina? (Vídeo). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xqflQwIe--A>. Acesso em: 20.12.2019.

¹⁴ VILAÇA, Maria Giselda da Costa. **O Despertar das Princesas**: transformações do imaginário feminino e a relação com o consumo de suas representações midiáticas (mudaram as princesas?) Trabalho apresentado no **Congresso Internacional Comunicação e Consumo (Comunicon2016 – ESPM)**, no Grupo de Trabalho

A estrada parece se bifurcar em ser menos do que uma mulher ou ser menos do que uma pessoa. Quando, na verdade, se percebe que a questão não é nem tanto a forma com que a mulher se expressa (mais ou menos autoritária), mas sim no próprio fato dela ser mulher.¹⁵

Até aqui já se denota que inúmeras são as vicissitudes encontradas para que haja um cenário de desenvolvimento do poder verbal por parte das mulheres. É de se frisar que existe uma pressão social para que elas sejam “delicadas, recatadas, frágeis”, o que destoa drasticamente das características de um bom influenciador e detentor do poder verbal.

Mas afinal, o que fazem essas pessoas que possuem poder verbal? Qual o seu diferencial? Por que essa característica pode ser vista como algo tão fundamental no exercício da advocacia criminal? Como visto anteriormente, o poder verbal é justamente o ato/ação de se fazer ouvir. É o poder que alguém tem de, enquanto fala, fazer com que outras pessoas parem para lhe ouvir atentamente.

Existem diversas técnicas para que isso aconteça, como por exemplo: iniciar a fala com uma saudação; não falar enquanto há conversas paralelas ou ruídos; manter contato visual com os interlocutores; tocar o interlocutor quando possível; postar-se com uma inclinação de tronco para frente; evitar hesitações de fala; falar em tom mais grave e entonação ligeiramente mais alta; fazer alteração de volume na fala; gesticular com as mãos na altura do peito; anuências de cabeça; entre outras.¹⁶

Veja-se que muitas destas técnicas são adotadas desde as brincadeiras realizadas pelas crianças na infância. As posturas e ações dos super-heróis, tão comum nos círculos de amizade do sexo masculino, são um treinamento para que eles sigam se desenvolvendo com força na área da comunicação.

Assim, o “poder verbal” pode ser compreendido como uma aptidão a ser desenvolvida desde a infância, a qual se potencializa ou enfraquece através do meio social e familiar no qual a criança está inserida. A força de argumentação e empoderamento do locutor estará diretamente ligada a este desenvolvimento de personalidade, bem como ao

Comunicação, consumo e identidade: materialidades, atribuição de sentidos e representações midiáticas, do 6º Encontro de GTs da Pós-Graduação, realizado nos dias 13 a 15 de outubro de 2016. Disponível em: http://anais-comunicon2016.espm.br/GTs/GTPOS/GT2/GT02-GISELDA_VILACA.pdf. Acesso em: 27.12.2019.

¹⁵ LAKOFF, Robin. Language and Woman's Place. **Language in Society**, Vol. 2, No. 1 (Apr., 1973), pp. 45-80. Cambridge University Press. Disponível em: https://web.stanford.edu/class/linguist156/Lakoff_1973.pdf. Acesso em 27.11.2019.

¹⁶ MEHRABIAN, Albert. Methods and designs: Some referents and measures of nonverbal behavior. **Behav. Res. Meth. & Instru.**, 1969, Vol. 1 (6). Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.3758%2FBF03208096.pdf>; Acesso em: 27.11.2019.

estudo e à busca de aperfeiçoamento durante a vida adulta. Todos podem adquirir melhorias nesse lugar de se fazer ouvir e conseguir influenciar ideias e opiniões.

CAPÍTULO II – QUAL É A NECESSIDADE DO PODER VERBAL NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA CRIMINAL FEMININA?

Superada a conceituação do significado de poder verbal e de como ele é desenvolvido desde a infância, trazendo desde logo as disparidades de incentivo e desestímulo quando visto sob a ótica do gênero, parte-se para os motivos pelos quais é tão fundamental que as mulheres criminalistas se apropriem de conhecimento para que se desenvolvam mais e potencializem o seu poder de comunicação verbal.

O primeiro ponto a ser visto é tido como um dos maiores motivos pelos quais o poder verbal feminino é uma necessidade e, por isso, ganhou um nome: “*maninterrupting*”.

A palavra “*maninterrupting*” foi utilizada pela primeira vez em 2016 por Jessica Bennett, quando publicou um artigo na Revista *Time*, sob o título “*How Not to Be ‘Maninterrupted’ in Meetings*”^{17;18}, ao conceituar uma situação ordinária e cotidiana na vida de praticamente todas as mulheres: homens que as interrompem enquanto falam. Neste momento é importante atentarmos para o grupo de número quatro: mulheres que são tímidas e introspectivas. Como elas agem quando são interrompidas e, portanto, expostas?

Jessica aborda com maestria diversas maneiras de como se desvencilhar de situações em que algum homem se sente livre e encorajado a sobrepor sua voz à da mulher que está falando.

Em síntese, ela sugere sete formas de desenvolver o poder verbal ou contornar essas situações desagradáveis, com a intenção de se empoderar e reassumir o controle da fala ou possibilitar que outra mulher siga dizendo o que estava a dizer.¹⁹ São elas: 1) perceber que todos possuímos inconscientemente preconceitos de gênero; 2) definir uma regra de não intromissão na fala de quem quer que seja em uma reunião; 3) intervir quando outra mulher

¹⁷ TIME. **How not to be 'maninterrupted' in meetings.** By Jessica Bennett. Publicado em 14 Jan. 2015. Disponível em: <https://time.com/3666135/sheryl-sandberg-talking-while-female-maninterruptions/>; Acesso em: 28.11.2019.

¹⁸ O título do artigo em português significa: “Como não ser “*maninterrupted*” – interrompida por um homem – em reuniões”. (Tradução livre).

¹⁹ TIME. **How not to be 'maninterrupted' in meetings.** By Jessica Bennett. Publicado em 14 Jan. 2015. Disponível em: <https://time.com/3666135/sheryl-sandberg-talking-while-female-maninterruptions/>; Acesso em: 28.11.2019.

for interrompida, dizendo frases do tipo “espere, quero ouvir o que ela está dizendo”; 4) combinar com um colega suporte mútuo enquanto falam nas reuniões (Jessica afirma que, infelizmente, esse tópico funciona melhor quando o colega é um homem); 5) dar apoio e motivar as colegas mulheres; 6) ter uma linguagem verbal assertiva, não pedindo desculpas antes de falar e se apropriando de linguagens corporais de poder, tais como posturas de inclinação em cima da mesa, braços na guarda da cadeira, mãos na cintura; e, por fim 7) dar apoio à empresas que tenham mulheres em posição de chefia.

Note-se que, o exercício do poder verbal se dá justamente para contrapor a existência do “*maninterrupting*”. É através deste empoderamento comportamental, seja ele em linguagem verbal ou não, que se consegue buscar defesa e voz em cenários desfavoráveis.

Há também outros termos que estão sendo bastante estudados e analisados pela literatura feminista, tais como: “*gaslighting*”, “*bropropriating*” e “*mansplaining*”. Cada um dos termos dá nome a ações, como desapropriar a mulher da certeza de sua sanidade mental, fazendo-a pensar que está agindo de modo desconexo; roubar ideias; ou subestimar a capacidade cognitiva de alguma mulher explicando demasiadamente certo assunto que a mulher tem domínio.

Fato é que o cenário da advocacia criminal não é muito favorável para mulheres, a se ver que a grande maioria dos profissionais são homens e o “crime” não é visto como “lugar para mulher”, e que existe uma ocorrência constante de ações depreciativas e pejorativas em desfavor das mulheres que atuam na área penal. Em virtude desse cenário, a consequência é uma vasta gama de mulheres desistindo de sustentar seus argumentos quando são interrompidas enquanto falam.²⁰

Aí reside mais um problema: a mulher criminalista, enquanto advoga, está falando em nome de um terceiro: o(a) seu/sua cliente. Assim, ela não pode desistir de ser porta-voz, sob pena de não estar exercendo a defesa adequadamente. Mas como exercer uma advocacia séria e ética com tantas nuances? A resposta não é simples, mas é sabido que sempre se deve buscar aperfeiçoamento e capacitação, para que se possa superar essa dificuldade a mais de concorrência no mercado além das rugas dentro da própria classe de homens criminalistas.

²⁰ REEVES, Arin N. (Org.) **Mansplaining, Maninterrupting & Bropropriating: Gender Bias and the Pervasive Interruption of Women**. Nextions Yellow Paper Series, 2015. Disponível em: <http://nextions.com/wp-content/uploads/2017/05/maninterruptions-bropropriation-and-mansplaining-2-yellow-paper-series.pdf>. Acesso em: 20.12.2019.

Não parece haver outra saída a não ser o investimento em desenvolvimento pessoal, cursos de oratória, buscar por autoconfiança e força de argumentação. As mulheres que optam por advogar na área criminal e não possuem a habilidade de se posicionar perante um grupo de modo natural acabam, infelizmente, tendo mais este desafio para superar para que, desenvolvido o poder de verbal, possam, enfim, exercer e se destacar na advocacia.

Parece, portanto, não haver outra solução que não passe por desenvolver e informar. E é justamente com essa intenção de informar, compartilhar e ensinar táticas de persuasão para melhor falar em público, bem como desenvolver a autoconfiança e empoderamento pessoal, que Amy Cuddy, psicóloga social, professora e escritora estadunidense, desenvolveu sua pesquisa que versa sobre a influência da linguagem corporal no desenvolvimento da autoconfiança.²¹

Segundo Amy, a recíproca de que além de a mente modificar o corpo, o corpo também modifica a mente é verdadeira. Essa conclusão é alcançada após pesquisas com diversas pessoas – dentre elas estudantes – em quem foram analisados os índices de testosterona (hormônio responsável por sentimento de dominação) e cortisol (hormônio que expressa o estado de estresse).

Os voluntários tiveram que expressar com o seu corpo posições que representam o poder, tais como: braços abertos, mãos na cintura, mãos na cabeça, expansão de tórax, bem como posições de tristeza: ombros encolhidos, braços fechados, cabeça baixa; mãos juntas em frente ao corpo, e, depois a dinâmica, mediram-se os índices hormonais.

Os resultados da análise demonstraram que, após dois minutos em posturas de posição de poder, as cotações de testosterona aumentaram consideravelmente e que também houve uma redução do nível de cortisol. Já quando as pessoas se postaram de modo tristonho e encolhido, o resultado foi o oposto: a testosterona caiu e o cortisol subiu.

Isso fez com que a conclusão da pesquisa descobrisse que sim, o corpo pode mudar a mente, uma vez que há um resultado químico-hormonal expressivo de acordo com a postura utilizada pelo avaliado, existindo, portanto, um meio de empoderar a si mesmo antes de enfrentar situações tensas e/ou decisivas.

²¹ CUDDY, Amy. **Sua linguagem corporal molda quem você é**. TED Global 2012. Disponível em: https://www.ted.com/talks/amy_cuddy_your_body_language_may_shape_who_you_are?language=pt-BR. Acesso em: 22.12.2019.

Amy ficou conhecida pela máxima “*don't fake it until you make it; fake it until you become it*” que, em tradução livre significa “não finja até você fazer; finja até você se tornar”.²² Ou seja, a repetição de posturas de poder que geram essa alteração hormonal quase que instantânea, se tomada como hábito, pode, de fato, transformar uma pessoa fragilizada em alguém empoderada, auxiliando nesse processo de autoconfiança e autoestima.

Sendo assim, tendo em vista que, a curto prazo, não parece ser possível uma mudança de cenário quanto ao existente na atualidade forense, eis que ainda enfrentaremos muitos desafios de uma sociedade machista, existem algumas saídas para o desenvolvimento do poder verbal feminino (principalmente àquelas que se identificam com o perfil informado anteriormente, as pertencentes ao grupo de número quatro).

A elas, que não tem como característica nata a expansividade, a elas que não foram incentivadas em sua infância a desenvolver potencialidades combativas, tendo que respeitar padrões de “princesa da Disney”, a elas que são engolidas pelas interrupções masculinas quando chegam em delegacias ou audiências, a elas dedicamos a frase: **“Finjam. Finjam até vocês se tornarem.”**

Falem alto, gesticulem, “forcem a barra”, se imponham mesmo que esse não seja o natural de vocês. Desenvolvam sua autoconfiança e sejam determinadas a parar somente quando conseguirem o que almejam. Jamais desistam no meio do caminho por terem sido desautorizadas por uma figura masculina. Saibam que os obstáculos serão sucessivos, e assim o é para a maioria, mas a minoria é representada pelos que não desistem e saem vitoriosos por serem escutados. Um dia todas serão. E esperamos de verdade que um dia também não haja necessidade de ser.

Muitas vezes, adentrar em um ambiente como uma delegacia ou um presídio já é um desafio pelo simples fato de ser mulher. E já é neste momento, que se ingressa porta a dentro em um local “tipicamente masculino”, é que se deve “mostrar para que se veio”. A forma de caminhar, a cabeça erguida, o olhar obstinado, a aura de segurança e autoconfiança. Tudo contará para que se possa trabalhar de modo efetivo e, porque não dizer, em paz.

²² O nome do livro de Amy Cuddy é “Presence: Bringing Your Boldest Self to Your Biggest Challenges”, disponível no Brasil com o nome de “O poder da presença: Como a Linguagem Corporal pode ajudar você a aumentar a sua autoconfiança”.

CONCLUSÃO

O desenvolver deste escrito foi uma caminhada instigante, frustrante e encorajadora. O poder verbal, entendido como a capacidade de se fazer ouvir, transita e é influenciado por diversos fatores quando olhado através das lentes do gênero.

Inicialmente, precisa ser compreendido que existem dois cenários, um precedendo o outro. O primeiro é aquele em que não há igualdade de espaço para a ocupação e o exercício da voz de modo igualitário entre homens e mulheres. Isso se dá em virtude de uma cultura machista e patriarcal, pois já existe uma tendência a se ouvir mais os homens e ignorar mais as mulheres. Já o segundo cenário é aquele em que as mulheres tentam se manifestar.

Ao realizar essa ação (manifestarem-se), novamente, existe uma subdivisão entre aquelas que são mais combativas e possuem, por assim dizer, um poder verbal mais veemente, e aquelas que são menos combativas. Neste ponto, percebe-se que a ausência de poder verbal por parte de algumas mulheres será catastrófica uma vez que, em virtude de uma realidade chamada “*maninterrupting*”, não raramente serão impedidas de falar e atropeladas pela voz grave que preenche a sala (a do homem).

A identificação deste problema com a consciência de que ele se instalou desde a infância – quando as brincadeiras e padrões de comunicação utilizados pelos pais eram extremamente distintos entre meninos e meninas, sendo os meninos empoderados e as meninas romantizadas – foi revelador.

Saber que as mulheres não são ensinadas a se comunicar de forma objetiva e que em sua fase de constituição de personalidade são reprimidas quando o fazem, a fim de se enquadrarem em estereótipos de feminilidade, mostra que independentemente de como se comunicam, elas seguem não sendo vistas de modo equânime pelos homens.

A chamada cultura pautada pelo símbolo de “Princesas” *versus* “Heróis” exemplifica bem qual lugar as meninas são ensinadas a ocupar e o motivo pelo qual elas têm maior dificuldade para se fazerem ouvir: é que elas não são educadas para serem incisivas e líderes, mas sim ensinadas a ouvir e servir.

Isso acarreta em um real aprendizado de linguagem mais suave e menos cirúrgica. Por conseguinte, ao chegar à fase adulta, existirá um julgamento, pois surgido um estereótipo de inaptidão e incapacidade da mulher para o exercício de determinadas funções – como é o caso da advocacia criminal.

Como forma de buscar este melhor desenvolvimento pessoal – ainda que já na fase adulta – e o aperfeiçoamento de habilidades de comunicação, aprendeu-se, com os resultados da pesquisa da Amy Cuddy, que a linguagem corporal pode auxiliar no desenvolvimento da autoconfiança.

A repetição de padrões de poses de poder, pode ser a saída para aquelas que buscam se apropriar de si mesma e encontrar a autoconfiança que foi perdida ou nunca encontrada em seu desenvolvimento humano, social e profissional.

Inexiste neste trabalho uma glorificação com a solução encontrada, justamente porque o íntimo do que se busca e se almeja – ainda que sabidamente de modo utópico – é que cada mulher, ou melhor, cada pessoa, possa ter espaço de fala e escuta de modo homogêneo por todos. Independentemente de seu gênero, classe, cor, credo, condição sexual, posicionamento político ou qualquer outra classificação hoje existente em nossa sociedade.

Que sejamos todos apenas humanos.

BIBLIOGRAFIA

CONLEY, John M.; O'BARR, William M.; LIND, E. Allan. The Power of Language: Presentational Style in the Courtroom. **Duke Law Journal**. 1978(6), January 1979. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254588490_. Acesso em: 27 nov. 2019.

CUDDY, Amy. **Sua linguagem corporal molda quem você é**. TED Global 2012. Disponível em: https://www.ted.com/talks/amy_cuddy_your_body_language_may_shape_who_you_are?language=pt-BR. Acesso em: 22 dez. 2019.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/verbal/>, Acesso em: 26 nov. 2019.

LAKOFF, Robin. Language and Woman's Place. **Language in Society**, Vol. 2, No. 1 (Apr., 1973), pp. 45-80. Cambridge University Press. Disponível em: https://web.stanford.edu/class/linguist156/Lakoff_1973.pdf. Acesso em 27 nov. 2019.

MARUCCO, Norberto Carlos Marucco; MARUCCO, Alejandra Vertzner de. A prática analítica atual e a problemática do poder. **R. Psiquiatr. RS**, 26(3): 259-267, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a02.pdf>, Acesso em: 19 nov. 2019.

MEHRABIAN, Albert. Methods and designs: Some referents and measures of nonverbal behavior. **Behav. Res. Meth. & Instru.**, 1969, Vol. 1 (6). Disponível em:

<https://link.springer.com/content/pdf/10.3758%2F03208096.pdf>; Acesso em: 27 nov. 2019.

PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **O desafio da igualdade** (Vídeo). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=04u0UHEq2f4>. Acesso em: 20 dez. 2019.

PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **O desafio da igualdade**: Episódio 01 - Existe brinquedo de menino e de menina? (Vídeo). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xqfIQwIe--A>. Acesso em: 20 dez. 2019.

REEVES, Arin N. (Org.) **Mansplaining, Manterrupting & Bropropriating**: Gender Bias and the Pervasive Interruption of Women. Nextions Yellow Paper Series, 2015. Disponível em: <http://nextions.com/wp-content/uploads/2017/05/maninterruptions-bropropriation-and-mansplaining-2-yellow-paper-series.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

TIME. **How not to be 'maninterrupted' in meetings**. By Jessica Bennett. Publicado em 14 Jan. 2015. Disponível em: <https://time.com/3666135/sheryl-sandberg-talking-while-female-maninterruptions/>; Acesso em: 28 nov. 2019.

VILAÇA, Maria Giselda da Costa. **O Despertar das Princesas**: transformações do imaginário feminino e a relação com o consumo de suas representações midiáticas (mudaram as princesas?) Trabalho apresentado no **Congresso Internacional Comunicação e Consumo (Comunicon2016 – ESPM)**, no Grupo de Trabalho Comunicação, consumo e identidade: materialidades, atribuição de sentidos e representações midiáticas, do 6º Encontro de GTs da Pós-Graduação, realizado nos dias 13 a 15 de outubro de 2016. Disponível em: http://anais-comunicon2016.espm.br/GTs/GTPOS/GT2/GT02-GISELDA_VILACA.pdf. Acesso em: 27 dez. 2019.

REVISTA ÍNTIMA E A TRANSCENDÊNCIA DA PENA

Marina Moro Zambon¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar questão de elevada importância jurídica e social diante do quadro de insegurança que vive a sociedade. O anseio em encontrar respostas que solucionem a atual violência, faz com que a sociedade passe a acreditar que em prol do bem da coletividade alguns Direitos e garantias individuais possam ser suprimidos. Dentro deste contexto, este trabalho traz uma abordagem acerca da relação conflituosa entre segurança, revista íntima no âmbito penitenciário e o princípio da intranscendência da pena, para então, chegarmos à problemática fundamental, qual seja a violação do princípio da personalidade da pena através do procedimento da revista íntima imposta aos indivíduos. O procedimento da revista, quando realizado de forma vexatória acaba violando o princípio da personalidade da pena e transfere ao visitante um sofrimento desnecessário. Apesar de o ordenamento jurídico Brasileiro garantir a proteção dos terceiros estranhos ao crime através de diversos dispositivos, a realidade mostra-se desconforme, pois o núcleo familiar do reeducando, mesmo não havendo dado causa ao ilícito penal, acaba por ser penalizado. Punição esta, diferente da estipulada no mundo jurídico, entretanto, os seus efeitos convergem à estigmatização e à despersonalização do indivíduo, implicações igualmente suportadas pelos detentos. Em contrapartida, o Estado, detentor do dever de zelar pelas garantias individuais que foram dispostas na Constituição, encontra-se omissivo. Posto isto, o enfoque será analisar de que maneira ocorre a violação ao princípio da intranscendência da pena e quais são os efeitos ocasionados aos familiares visitantes, visando dissipar procedimentos arbitrários presentes na administração prisional.

Palavras-chave: Revista íntima. Familiares de detentos. Princípio da intranscendência da pena. Violação. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Objetivando dar maior visibilidade ao ponto de vista daqueles que visitam seus familiares nas prisões e ao tratamento que recebem, percebe-se que a prisão se encontra distorcida de seu objetivo final, qual seja, reeducar e ressocializar o indivíduo recluso. De forma inversa, exerce violência institucional sobre os apenados, visto que a sua pena se configura como uma repressão das necessidades reais e violação dos Direitos Fundamentais.

¹ Formada pela PUC/RS em agosto de 2018; OAB nº 114.681; residente na Av. Bento Gonçalves, nº 1515, Porto Alegre/RS; e-mail: marina.morozambon@gmail.com.

Por meio de ritos de degradação do indivíduo, sabe-se que a real função da pena de prisão é a fabricação de delinquentes, resultando na humilhação e na estigmatização do apenado. Dentro desse contexto, pretende-se, no presente estudo, verificar a hipótese de ser a revista íntima considerada uma pena transmitida para os familiares.

O ritual de fiscalização da visita revela-se degradante e não se encerra com a vistoria na roupa e na comida, pelo contrário: o familiar do preso deve ficar nu em frente a um agente da unidade e agachar-se diversas vezes – enquanto um espelho é passado por baixo de seu corpo – com o propósito de comprovar que não está portando qualquer objeto ilegal para dentro do sistema prisional.

O conceito de pena sofrida apresenta-se conceitualmente diferente da estipulada pelo mundo Jurídico, todavia, em nada difere quanto aos efeitos que atingem o recluso. Dessa maneira, a estigmatização, a despersonalização e a humilhação, são apenas alguns dos sintomas aos quais os visitantes são expostos, além do preconceito manifesto imposto pela sociedade, pelo fato de serem familiares de reclusos e serem considerados também como criminosos.

Nesse viés, o procedimento da revista íntima, quando excessivo, pode ser considerado abusivo, e, portanto, torna-se uma pena equivalente aos efeitos da pena prisional transmitida indevidamente aos visitantes. Apesar da existência da legislação, esta não se mostra suficiente. Algumas normas que regem o sistema penitenciário autorizam a revista íntima e, com o pretexto da segurança, descumpe-se o princípio básico da personalidade da sanção penal, bem como o princípio da dignidade humana, ambos instituídos pela Constituição Federal.

Ora, a imposição da revista vexatória encontra limites nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 5º, III (proibição da tortura); art. 5º, X (Direito à intimidade); art. 5º, LVII (presunção de inocência); art. 5º, LXIII (Direito do preso à assistência da família); e por fim, no princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLV), objeto do presente artigo.

À vista disso, ao ferir Direitos e garantias fundamentais de familiares de reclusos, como na revista íntima, a prisão estaria impondo efeitos negativos que possui o condão de penalizá-los, mediante o controle normalizante e ritualizado fundando na vigilância e na sanção, acabando por dominar e constituir o indivíduo como objeto de saber e efeito das relações de poder, transmitindo dor desnecessária a terceiros, sem competência para tanto.

Serão demonstrados, ainda, relatos vivenciados por familiares diante da humilhante prática a eles imposta, bem como, legislações pertinentes ao caso, em especial, o Relatório Azul de 2000/2001, realizado no Rio Grande do Sul, que solidificou um importante passo frente ao término da abusividade imposta pela revista íntima.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Com o intuito de fornecer uma orientação prefacial ao estudo e, semelhantemente, para que se mantenha uma pauta metodológica, insta iniciar o presente estudo por meio da compreensão do termo “sistema penal” para, depois, passar-se aos demais assuntos. De acordo com Eugênio Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

O sistema penal classifica-se como o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção. Dentro desse entendimento, referimo-nos a sistema no sentido elementar de conjunto de entes, de suas relações recíprocas e de suas relações com o exterior (o ambiente), cada uma de acordo com o seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controles de qualidade.²

Na maioria das vezes, o indivíduo que irá compor o sistema prisional, no transcorrer de sua vida, possivelmente, já sofrera um processo de invisibilidade devido à seletividade e à imposição de estereótipos, passará a fazer parte de um ambiente identificado como o ápice de sua conduta desviante pela sociedade, marcando, dessa forma, um período completo de rebaixamento do seu status.

Em consonância com os ditames de Alessandro Baratta, a prisão segue uma orientação inversa da educação, enquanto aquela promove a individualidade, “a educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.”³

A real falência das penas, tanto na dimensão voltada ao indivíduo, com o intuito da socialização, quanto voltada à sociedade em geral, passa a ser perceptível. As disparidades presentes na coação estatal tornam-se uma manifestação do arbítrio exercício no funcionamento dos sistemas penais, direcionando-os a modelos autoritários que claramente

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 60.

³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 184.

“[...] não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.”⁴

Ao ser condenado à pena privativa de liberdade, o indivíduo encontra-se suscetível a sofrer o processo de prisionização operado sobre a identidade do preso. Diante de um novo contexto, passa a absorver os novos padrões sociais existentes, adaptando-se rapidamente às regras impostas pela administração penitenciária.

A arbitrariedade encontrada na administração da penitenciária onde, “[...] atos que não têm valor de lei adquirem sua força”⁵, juntamente com o tratamento indiferente exposto ao recluso, traz a ele um sentimento de desrespeito perante o ser humano, sentimento este, que pode vir a desencadear frustrações irreversíveis:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a Lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.⁶

A dinâmica intramuros permite aos indivíduos dentre outros aspectos, internalizar elementos que degradam o sujeito, portanto, a prisão, conforme sustenta Eugênio Zaffaroni, manifesta-se como: “Uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão.”⁷

Em suma: “As agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível”⁸.

Por se encontrarem vulneráveis à seletividade, esses indivíduos irão compor a massa que sofrem aos efeitos da prisionização, carregando consigo o estigma e, conseqüentemente, suportarão a despersonalização do sujeito. Salienta-se que “[...] a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal.”⁹ uma

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165.

⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 61

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 222.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 135.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 47.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 134.

vez selecionado pelo sistema penal, o indivíduo passa a, além de sentir-se como um delinquente, ser tratado como tal.

Além de tudo, a prisão imprime marcas não apenas no preso, mas envolve também todos que rodeiam o estigmatizado, tornando-se difícil a reinserção desse indivíduo na sociedade livre de rotulações, pois, apesar do processo penal ter chegado ao seu fim com a saída do condenado da prisão, demonstra-se que a pena não:

E eu sempre sinto isso em relação a pessoas direitas: embora elas sejam boas e gentis, para mim, realmente, no íntimo, o tempo todo, estão apenas me vendo como um criminoso e nada mais. Agora é muito tarde para que eu seja diferente do que sou, mas ainda sinto isso profundamente: que esse é o seu único modo de se aproximar de mim e que eles são absolutamente incapazes de me aceitar como qualquer outra coisa.¹⁰

Consequentemente, por ocorrer a seletividade dos elos inferiores da sociedade, intensificada pelo racismo daqueles que se encontram em liberdade privada, pensamento este, que vêm desde o reducionismo biológico do positivismo (ZAFFARONI, 2013), acaba-se por fazer o mesmo com os familiares dos presos, oriundos da subcultura, tornam-se alvos da seletividade, da estigmatização e da despersonalização, a fim de adaptarem-se a

O estudo do princípio da pessoalidade da pena, também nomeado princípio da intranscendência ou princípio da intransmissibilidade da pena, reveste-se de extrema importância ao avaliar a finalidade por ele alcançada. Na contemporaneidade, tem-se a noção de que a pena é de caráter pessoal e intransferível, ou seja, ninguém pode cumprir determinada sanção penal para outrem. Consoante as lições de Eugênio Zaffaroni:

Nunca se pode interpretar uma Lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.¹¹

“Infelizmente, sabemos que, na realidade social, a pena muitas vezes afeta terceiros inocentes, particularmente os parentes do apenado”,¹² já se manifestava Zaffaroni. Nesse sentido, Nilo Batista, Eugênio Zaffaroni, Alagia e Slokar alertam que:

¹⁰ GOFFMANN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 23.

¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal – parte general**. 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1997. p. 138.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal – parte general**. 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1997. p. 138.

Essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos, etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. Nossa legislação contém poucos dispositivos no sentido de atenuá-los, como, por exemplo, o auxílio-reclusão, de natureza previdenciária.¹³

Para os autores, “[...] a transcendência está no vexame da revista imposta às visitas dos presos, a pretexto da segurança.”¹⁴

No que tange ao Direito de visitas, não se pode olvidar que, não somente do próprio encarcerado, a visita é um Direito também de seus familiares, tanto o é que o ordenamento jurídico Brasileiro regula normas que visa assegurar este Direito, como é o caso da Lei de Execuções Penais.¹⁵

Ao adentrarem no sistema prisional, logo após se despirem totalmente das roupas, os visitantes são revistados e o procedimento consiste em agachamentos sobre um espelho que fica no chão, ocorrendo de duas a três vezes, tendo com isso o agente prisional ampla visão dos órgãos genitais.¹⁶ O procedimento da revista íntima, nas palavras da revistada, reproduzido pelo IBCCRIM:

Eu não vou visitá-lo porque não aguento esse tipo de humilhação. Na revista a gente tira a roupa, abaixa três vezes de frente, três vezes de costas. E ainda ouvimos: ‘Abre, abre que não estou vendo nada’. Perguntei para a agente penitenciária: ‘Mas você quer ver o que? Meu útero, meu coração?’ Até que pediram para eu abrir a vagina com as mãos. (F., 42 anos)¹⁷

Notoriamente abusiva, a revista vexatória, nas palavras do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: “Eufemisticamente chamada de ‘revista íntima’, constitui conduta atentatória à dignidade humana, em razão da brutal violação ao Direito à intimidade, à

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 232.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 232.

¹⁵ SILVA, Jéssica Souza Scarlatto; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **As revistas íntimas realizadas em visitantes dos presos no sistema penitenciário Brasileiro**. Centro Universitário Presidente Toledo, 2016. Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/5722/5441>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁶ DUTRA, Yuri Frederico. **“Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 99. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91282>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. **Revista vexatória: o estupro institucionalizado**, 2015. Editorial n. 267, fev. 2015.

inviolabilidade corporal e à convivência familiar entre visitante e preso/interno.”.¹⁸ Por fim, também amplia ao direcionar a violação dos procedimentos ao princípio de que a pena não deva ultrapassar a pessoa do condenado, proporcionando tratamento desumano e degradante ao detento e aos seus visitantes.

Todavia, é por meio do poder institucional das prisões que se dá a violação de Direitos no momento que familiares dos reclusos são submetidos à revista íntima, quando intencionam visitá-los. Procedimento este, passível de violar o princípio da personalidade da pena, acarretando a sua transmissão a cidadãos livres, tornando-os prisioneiros de sentimentos compartilhados por aqueles que se encontram privado de liberdade.¹⁹ Nesse viés, não é diverso o entendimento elucidado por Eugênio Zaffaroni:

O preso não pode dispor de um espaço próprio, onde, tudo é alvo de intervenção, às vezes brutal, como ocorre com as revistas que, em busca de armas ou tóxicos, lançam todos seus pertences no chão e o obriga a condutas degradantes, como mostrar o ânus. A intervenção de segurança transcende às visitas, submetidas a revistas que chegam, em alguns casos, a tateios vaginais ou retais.²⁰

No momento em que o sistema prisional seleciona os indivíduos, indiretamente, acaba por selecionar também os familiares dos reclusos, atingindo ciclicamente pessoas diante da sua maior vulnerabilidade, portanto, constata-se que o processo de prisionização em que o recluso passa a absorver a ‘cultura da cadeia’ estende-se aos seus familiares quando da visita, que necessitarão adaptar-se diante de um novo cotidiano a fim de absorverem as regras inculcadas pela prisão:

No caso das famílias de presos, essa adequação ao Poder Prisional seria semelhante àquela por que passam os reclusos, uma vez que precisam obedecer às regras da Penitenciária sem nenhuma autonomia opinativa sobre as mesmas e, assim, ocorre o seu processo de despersonalização do familiar.²¹

¹⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. **Revista vexatória: o estupro institucionalizado**, 2015. Editorial n. 267, fev. 2015.

¹⁹ DUTRA, Yuri Frederico. **“Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 38. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91282>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 285.

²¹ DUTRA, Yuri Frederico. **“Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 109. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91282>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

À vista disso, o estigma e o preconceito sofrido pelo próprio recluso também são penas transferidas aos seus familiares quando adentram ao sistema prisional, motivo pelo qual, conforme Dutra solidifica, muitas mulheres preferem esconder o fato que possuem algum familiar preso, para não sofrerem represálias e serem alvos de preconceitos desnecessários, pois considera-se que os familiares de reclusos também estão envolvidos em atividades criminosas ou podem facilitar a realização de crimes por seus companheiros reclusos (DUTRA, 2008).

Destarte, a simples proximidade, tanto com o sistema penal quanto com o indivíduo delinquente, acarreta aos seus familiares uma forte onda de preconceitos, oriunda da estigmatização, sobretudo às pessoas necessitadas, “[...] considera-os contaminados e que se comportem como continuação do sistema penal”.²² Outro não é o entendimento auferido por Yuri Dutra, quando da realização de sua pesquisa de campo com familiares de reclusos:

(Jocasta, mãe, 43 anos de idade) - No meu emprego eu digo que faço terapia todos os meses. Já faz 8 meses. Eles são muito ricos. Capaz de me mandar embora por causa disso (filho estar preso).

(Purina, mãe, 37 anos) - Eu não conto para ninguém que meu filho está preso, mas todo mundo sabe. A gente não tem como negar. A gente não pode esconder porque aparece na televisão. Eles acham que quem vai para a cadeia é vagabundo, mas não é só vagabundo que vai para a cadeia, não é só pobre que vai para a cadeia.²³

Salienta-se que os efeitos negativos sobre o psicológico do indivíduo mostram-se mais acentuados quando do primeiro contato com o sistema carcerário, eis porque, longe de estarem acostumados com esta imposição do presídio para com eles, ficam apreensivos com o que lhes aguardam, gerando fenômenos emocionais diversos. Yuri Dutra captou de maneira inequívoca a absorção do constrangimento proveniente pelo primeiro dia de visita a ser realizada:

- No começo é difícil. Tudo é difícil porque primeiro você não sabe como é lá dentro na penitenciária. E depois, esse procedimento que é novo. Ai você tem que se despir na frente da agente penitenciária, que é constrangedor no início, depois você se acostuma, de tantas vezes que vem.

²² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 134.

²³ DUTRA, Yuri Frederico. **“Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 82. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91282>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

- Levei um choque quando vi como era aqui dentro (penitenciária). Fiquei nervosa e com medo. Tive que abaixar no espelho.

- A primeira vez me senti péssima e horrível. É uma humilhação muito grande.²⁴

Destaca-se uma grande conquista que ocorreu no Rio Grande do Sul, com a elaboração do denominado Relatório Azul de 2000/2001²⁵, produzido pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (CCDH) da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. O relatório aborda diversos tópicos em que questiona as causas dos inúmeros problemas que costumam figurar repetidas vezes na sociedade, a partir de denúncias recebidas pessoalmente pela assessoria técnica da CCDH ou por cartas, telegramas, correio eletrônico ou, ainda, notícias de jornal, com a intenção de versar sobre os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais, Cíveis, Políticos, Culturais, Ambientais, Direitos estes universais, interdependentes e indivisíveis, sem os quais não se constrói uma sociedade justa.²⁶ Assim, na ânsia pelo respeito incondicional ao indivíduo e ao coletivo, o relatório trouxe a seguinte indagação:

Quantos desses dramas pessoais, projetados cotidianamente no coletivo, seriam passíveis de se prevenir, de se evitar, caso o Estado – como síntese da organização da sociedade – pautasse suas ações pelo cumprimento efetivo da agenda dos Direitos Humanos?²⁷

No tópico intitulado como “Revista íntima – o fim da tortura” o Relatório Azul expõe acerca de diversas denúncias realizadas que culminaram no fim do procedimento da revista

²⁴ DUTRA, Yuri Frederico. “Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis. 2008. 193 f. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 134, 135. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91282>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁵ Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁶ Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 11, 12. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁷ Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 11. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

íntima, percebe-se que “[...] um a um dos princípios, Direitos e garantias constitucionais foram violados no sistema prisional gaúcho.”²⁸ Abaixo, seguem algumas dessas denúncias:

Em 18/09/00, D.C. esteve na CCDH relatando que “grávida de cinco meses, continuava sendo submetida a flexões e inspeção do canal vaginal na revista da PEJ; ocorre que estava perdendo líquido amniótico, sendo vedado à mesma a realização de esforço físico; mas, mesmo apresentando atestado médico, continuava sendo submetida ao procedimento da revista”.

G.S. procurou a CCDH, em 09/10/00, para relatar “teria sido comunicada que visitaria os filhos somente no parlatório, durante 15 minutos, pois não fora possível inspecionar o seu canal vaginal”. A depoente colocou-se à disposição para exame por profissional da área médica, ficando na espera por mais de duas horas, sem roupa, sendo que, após ser liberada por uma enfermeira que a examinou, teria sido convidada a ir à sala do oficial que estava no local naquele dia, que teria solicitado que “abafasse o acontecido, garantindo-lhe que assim seus filhos não seriam transferidos e poderiam ter laudos favoráveis para concessão do Direito de progressão de regime”. Tendo ela denunciado o ocorrido junto à CCDH e a outros órgãos públicos, algum tempo depois, um de seus filhos foi transferido para outra casa prisional, onde foi submetido a dois castigos, subsequentes, tendo sido “reprovado” na avaliação realizada posteriormente.²⁹

Dessa forma:

Desde dezembro de 2000, quando editou a Portaria nº 005/00, a Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe) demonstrou estar disposta a enfrentar a problemática da revista íntima nos estabelecimentos prisionais, substituindo as flexões e exposição dos órgãos genitais a que as pessoas estavam sendo submetidas por detectores de metal, exceto nos presídios com maior população carcerária e, portanto, com maior fluxo de visitas, [...]. Em 01/11/01, tal prática foi totalmente erradicada, pondo fim ao tratamento humilhante, degradante, vexatório e ilegal da revista íntima nos presídios gaúchos [...].³⁰

A regulamentação sobre os procedimentos da revista para o ingresso de visitantes, nos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Sul, ocorreu com a Portaria nº

²⁸ Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 474. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁹ Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 474, 475, 476. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

³⁰ Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 476. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

005/00³¹ da Susepe, publicada no Diário Oficial em 08/12/2000. Em síntese, a Portaria estipula que todos os visitantes, independentemente da idade, serão submetidos à revista por detector de metais. Em contrapartida, para o procedimento da revista, o visitante permanecerá com as vestimentas leves e básicas, tais como, vestido, calça, camisa, camiseta, bermuda, além de suas roupas íntimas, de maneira com que não deixe seu corpo nu, exposto.³²

METODOLOGIA

A pesquisa irá utilizar a abordagem dedutiva, porquanto partiremos de uma premissa maior, salientando os efeitos negativos inculcados pelo poder penitenciário aos reclusos, e iremos até uma premissa menor, para chegar a suas especificidades, a qual centraliza na questão dos visitantes à luz da revista íntima. Pretende-se trabalhar com revisão bibliográfica para fins de analisar o posicionamento doutrinário acerca do assunto, com a coleta de relatos, a partir de artigos e revistas científicas, verificando a real ocorrência do caso concreto para que seja possível a análise do conteúdo colhido à luz da bibliografia utilizada.

RESULTADOS

Conquanto, quando o Estado impõe uma fiscalização de cunho vexatório, além de violar os Direitos humanos, está simultaneamente transcendendo a pena, ou seja, os efeitos

³¹ Dos procedimentos de revista

Art. 13 – Todos os visitantes, independentemente da idade, somente poderão ingressar nas casas prisionais após serem submetidos à revista por detector de metal.

Art. 14 – Para o procedimento de revista, o visitante deverá permanecer com as vestimentas leves e básicas, tais como, vestido, calça, camisa, camiseta, bermuda, além de suas roupas íntimas.

I – As demais vestimentas serão submetidas à revista minuciosa pelo Agente Penitenciário, que as devolverá ao visitante logo após.

II – A revista deverá ser efetivada em local apropriado e reservado e por profissional do mesmo sexo do visitante.

III – Os menores de 14 anos passarão pelo procedimento de revista na presença de seu responsável.

Art. 15 – A cada dez visitantes, dois serão sorteados para uma revista minuciosa.

Parágrafo primeiro. O visitante sorteado, em local reservado e apropriado, ficará somente com suas roupas íntimas ou maiô, biquíni ou calção de banho e, desta forma, passará pelo detector de metal, sem qualquer contato físico com o profissional responsável pela revista.

³² Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 479. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

da pena passam da pessoa do apenado para o revistado, ferindo o Princípio da Pessoalidade da pena. O relatório organizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos retrata a revista íntima como:

Extremamente humilhante uma vez que em muitas unidades se exige que as roupas sejam totalmente retiradas, os órgãos genitais manipulados e até revistados, há obrigação de realizar vários agachamentos, independentemente da idade avançada do(a) visitante.³³

Nota-se, portanto, que a sanção penal acaba transcendendo aos visitantes, e estes cumprem a pena junto aos sentenciados. Ressalta Sanches e Pereira:

Fato notório que a condenação dada ao indivíduo passa, desnecessariamente, a abranger a sua família por meio de procedimentos vexatórios e humilhantes, que degradam a honra do indivíduo, e que são considerados atos abusivos do Estado diante da pessoa por meio da vistoria corporal, e que para o familiar tem como resultado o sentimento de lesão, por parte do Estado, atribuído aos laços familiares e afetivos que se procura manter com o preso, comprometendo, deste modo, o convívio social e o desenvolvimento humano, indispensáveis à dignidade da pessoa humana, pertencente tanto ao visitante quanto ao preso.³⁴

Os atos atentatórios contra o corpo dos familiares são diversos, exteriorizam os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos visitantes, momento em que adentram ao sistema prisional, exemplo disso é o relato trazido por Nascimento e Vargas:

M: Eu vi uma senhora de idade, de muletas, com a perna cheia de parafusos e com dor ser obrigada a se agachar três vezes na revista íntima por uma agente. Foi essa mesma agente que atirou o ventilador de uma senhora contra o muro, na rua e na frente de outra senhora porque não podia entrar no presídio naquele momento [...]. A senhora tinha ligado para o presídio e tinha sido autorizado [sic] a entrada do ventilador. Ela disse (a agente) que não, porque “quem mandava era ela”. Várias vezes “viajaram” (transferiram) o meu filho, porque eu entreguei essa agente que tava judiando dessa senhora idosa da muleta, do ventilador [...]. Entreguei ela para o promotor, que aí suspendeu ela de lá. Ela ficou com raiva de mim. Quando ela voltou a trabalhar, ela arrumou um jeito de transferir o meu filho pra outro presídio em outra cidade pra se vingar (Mãe).³⁵

³³ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre mulheres encarceradas**, 2007. p. 43. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

³⁴ PEREIRA, Danilo Cardoso; SANCHEZ, Claudio Jose Palma. **O confronto de Direitos Fundamentais de segurança e intimidade na revista de visitantes em unidades prisionais em virtude de ausência de Lei específica**, 2015. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewPDFInterstitial/4881/4634>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

³⁵ NASCIMENTO, Andréa Ana do; VARGAS, Tainá Machado. **Um olhar sobre sexualidade, poder e cárcere através das companheiras e mães de apenados**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS, 2016. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 60. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/24257/14729>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

No interior deste sistema social anômalo, no qual relações doentias de poder se reproduzem, constata-se a absoluta incapacidade de garantia dos Direitos, desprezadas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade da manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da segurança.³⁶ Nesse viés, contra esta sobreposição da ordem aos Direitos, Salo de Carvalho advoga que “[...] a prisão não constitui (não pode constituir) território no qual as normas constitucionais não tenham validade”.³⁷ Uma vez que a revista vexatória fere os princípios supramencionados, entende-se que:

A concreção dos Direitos humanos e sociais previstos pelos textos constitucionais muitas vezes é negada pelos diferentes braços – diretos e indiretos – do poder público. Trata-se de uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma “interpretação dogmática” do Direito, enfatizando-se, por exemplo, a inexistência de Leis complementares que regulamentem os Direitos e as prerrogativas assegurados pela Constituição.³⁸

Vê-se a submissão dos familiares às revistas íntimas, por ora, denominadas vexatórias, ao passo que, a segurança do sistema prisional agride não apenas o princípio da pessoalidade da pena, como também o princípio da dignidade humana, esculpidos na Constituição Federal.

Diante da comprovada ineficácia do procedimento da revista íntima ao longo de vários anos, de avanços tecnológicos na área da saúde e na tecnologia, não há justificativa para que esse recurso, realizado de forma tão humilhante e, violador de princípios constitucionais, continue sendo a regra para todos os familiares. Logo, “[...] cada instante é um instante de decisão - decisão pela justiça ou pela injustiça. Tal, nada mais e nada menos, significaria [...] levar o tempo e o Outro realmente a sério”,³⁹ a fim de habitar conscientemente o universo ético.

³⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 155.

³⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 155.

³⁸ FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 98.

³⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. **Kafka: a justiça, o veredicto e a colônia penal**. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 93.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com a escolha deste tema, debater um aspecto de marcante gravidade: um conjunto de fatos que se desenvolveram na sociedade, trazendo junto a si, consequências sociais e jurídicas, centralizando-se em familiares dos detentos submetidos a procedimentos vexatórios de revista íntima que ultrapassa todos os limites da razoabilidade, invadindo a honra e a dignidade de cada cidadão livre.

A prisão passa a acarretar fenômenos mentais negativos ao encarcerado, remetendo-o a uma condição humana habitada nos patamares mais baixos da dignidade, inferiorizando-o. Com esse enfoque, pôde-se constatar que os indivíduos vulneráveis à seletividade irão compor a massa que sofrem aos efeitos da prisionização, carregando consigo o estigma. Consequentemente, suportarão a despersonalização do sujeito, visto que, a partir do momento onde os “outros” decidem como o indivíduo vai ser, ele acaba fadado a ser não o que quer, mas sim o que a sociedade determina, por intermédio da rotulação.

No que tange à seletividade, pode-se afirmar que ela sempre existiu, bastando um passar de olhos desde os tempos remotos. Todavia, ela foi cada vez mais se aperfeiçoando e, a cada nova evolução, foi se fazendo mais presente através dos estereótipos configurados com base em preconceitos.

Com a finalidade de comprovar a transmissão da pena aos familiares que adentram no sistema prisional com o intuito de visitá-los e devem se submeter à revista íntima imposta pela administração do local, onde se veem reduzidos diante da repressão de Direitos. apesar do conceito de pena sofrida apresentar-se conceitualmente diferente da estipulada pelo mundo jurídico, a prisão estaria impondo efeitos negativos que possui o condão de penalizar os familiares, além do preconceito manifesto imposto pela sociedade, pelo fato de serem familiares de reclusos e, em muitos casos, serem considerados também como criminosos.

Com o aporte de ocorrências concretas, retiradas da dissertação abordada pela pesquisa empírica realizada na Penitenciária Estadual de Florianópolis, para a qual se utilizou métodos de observação participante, com a presença direta e individual do autor, mostrou-se fundamental para expressar um observar cognitivo com significação, a fim de facilitar a visualização e aprofundar o conhecimento, baseado nas relações sociais vivenciadas na revista íntima do ponto de vista dos familiares, para caracterizar a violência institucional do sistema penal, suscitando na transmissão de pena para indivíduos livres, distante de valer-se da dignidade do cidadão.

Em que pese o princípio da dignidade humana esteja expresso na Constituição Federal e sirva como um limite, inclusive para os atores estatais, a revista íntima é um exemplo de violação deste, visível, portanto, o exercício da violência institucional pelo poder prisional como instrumento da reprodução estrutural, isto é, limitação de Direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo, como ocorre ao se despirem totalmente das roupas, realizando agachamentos sobre um espelho.

Portanto, percebe-se que o amadurecimento constitucional como base para a plenitude de um Estado de Direito não é vivenciado no Brasil. A prova disso está na defesa e utilização por parte da sociedade do discurso que em prol da segurança justifica-se a violação de Direitos e garantias individuais, formulado erroneamente pelos canais comunicativos, onde uma conduta repressiva tende a imperar diante dos familiares e reclusos.

Direcionando para a finalização destas considerações, justificou-se a opção por esta linha de estudo pela necessidade de uma avaliação mais precisa sobre os parâmetros da atual conjuntura do sistema penal Brasileiro, ao passo que, diante da sua inconstitucionalidade, a revista íntima não se sustenta juridicamente, tampouco ética e politicamente. Longe de aliviar os sofrimentos dos indivíduos, substitui-os por ressentimento, mediante a verticalização do poder da instituição totalitária, onde as ordens não são justificadas e nem explicadas, acrescido pelo abuso de poder e tratamento institucionalizante da prisão.

Frente ao panorama apresentado, pugna-se por uma revista mais humanizada, em prol do princípio da dignidade do ser humano, visando evitar a violação da personalidade da pena ocorrida nos sistemas penitenciários. Diga-se, como exemplo, o ocorrido no Rio Grande do Sul, a partir do Relatório Azul de 2000/20001, produzido pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (CCDH) da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, que findou o procedimento considerado vexatório da revista íntima na maioria dos presídios presentes no referido Estado, para tanto, a regulamentação remete que todos os visitantes, independentemente da idade, somente poderão ingressar nas casas prisionais após serem submetidos à revista por detector de metal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. **Revista vexatória: o estupro institucionalizado**, 2015. Editorial n. 267, fev., 2015.

BRASIL, Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório azul: garantias e violações dos Direitos humanos no RS, 2001/2002**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2002. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Comissoes/tabid/328/IdComissao/46/vw/pub/Default.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre mulheres encarceradas**, 2007. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

DUTRA, Yuri Frederico. **“Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestre em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91282>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

NASCIMENTO, Andréa Ana do; VARGAS, Tainá Machado. **Um olhar sobre sexualidade, poder e cárcere através das companheiras e mães de apenados**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS, 2016. Porto Alegre, v. 8, n. 1. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/24257/14729>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

PEREIRA, Danilo Cardoso; SANCHEZ, Claudio Jose Palma. **O confronto de Direitos fundamentais de segurança e intimidade na revista de visitantes em unidades prisionais em virtude de ausência de lei específica**, 2015. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewPDFInterstitial/4881/4634>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

SILVA, Jéssica Souza Scarlatto; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **As revistas íntimas realizadas em visitantes dos presos no sistema penitenciário Brasileiro**. Centro Universitário Presidente Toledo, 2016. Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/5722/5441>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Kafka: a justiça, o veredicto e a colônia penal**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal** – parte general. 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DIREITO DE FILIAÇÃO – UM NOVO RAMO DO DIREITO?

Melissa Teles Barufi¹

RESUMO: As ciências jurídicas e sociais, via de regra, não evoluem na rapidez da sociedade, principalmente quando estamos diante da sociedade líquida da pós-modernidade. A dinâmica da vida atual, da informação massificada e das relações despersonalizadas, reformularam as relações humanas, principalmente na seara afetiva, sendo que a legislação permaneceu tardia e vaga, não atendendo às demandas que florescem das multifacetadas vivências humanas que denominamos como família. Nesse sentido, a intenção é demonstrar a evolução do direito da infância e das famílias, culminando nas novas ações de filiação, como realidade jurídica emergente.

Palavras-chave: Direito de Filiação Famílias ações de filiação

1. INTRODUÇÃO

A pós-modernidade², ou aquele que se referem à mesma como modernidade líquida, terminologia cunhada por Zygmund Bauman³, é marcada pela abrupta transformação das relações, sejam elas pessoais, profissionais, consumeristas ou sociais. É fato que todas as

¹ Advogada. Presidente da Comissão Nacional da Infância e Juventude do IBDFAM e Conselheira da OAB/RS.

² A pós-modernidade conduz, em um único e mesmo movimento, a uma lógica cultural que valoriza o relativismo e a (in)diferença, a um conjunto de processos intelectuais flutuantes e indeterminados, a uma configuração de traços sociais que significaria a erupção de um movimento de descontinuidade da condição moderna: mudanças dos sistemas produtivos e crise do trabalho, eclipse da historicidade, crise do individualismo e onipresença da cultura narcisista de massa e outras palavras: a pós-modernidade tem predomínio do instantâneo, da perda de fronteiras, gerando a ideia de que o mundo está cada vez menor através do avanço da tecnologia. Estamos diante de um mundo virtual, imagem, som e texto em uma velocidade instantânea. Sobre o tema: MORIN, Edgar. **A religião dos saberes: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001; FRITJOF, Capra. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2000; LÉVY, Pierre **Cibercultura**. São Paulo: Editora, 2000.

³ Para definir as condições da **pós-modernidade** e discutir as transformações do mundo moderno nos últimos tempos, o sociólogo polonês Zygmund Bauman sempre preferiu usar o termo **“modernidade líquida”**, por considerar “pós-modernidade” um conceito ideológico. Bauman escolhe o **“líquido”** como metáfora para ilustrar o estado dessas mudanças: facilmente adaptáveis, fáceis de serem moldadas e capazes de manter suas propriedades originais. As formas de vida moderna, segundo ele, se assemelham pela vulnerabilidade e fluidez, incapazes de manter a mesma identidade por muito tempo, o que reforça esse estado temporário das relações sociais. Ainda, quanto as relações familiares, segundo Bauman: “A partir do século 19 ou 20, o afeto e amor surgem como elementos fundadores da família, mas nem sempre foi assim e não é por acaso que nosso imaginário sempre gostou de idealizar as histórias de amor”, observa. “No passado, as pessoas casavam com quem os pais mandavam, mas os laços de uma família ainda eram algo sagrado. Hoje, por outro lado, constituímos várias “famílias”, assumindo as diferenças disso em relação ao mundo pré-moderno, com a independência e também as dificuldades que essa pluralidade de relacionamentos pode trazer.” BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. Zahar, 2001; BAUMAN, Zygmund. **Amor Líquido**, Zahar, 2004.

relações se modificaram e, mais do que isso, tornaram-se instantâneas, na medida em que a própria noção de tempo e espaço foi redesignada.

Afora isso, a virada do milênio trouxe uma aceleração na aproximação das pessoas, rompendo barreiras de distância e, até mesmo, preconceitos; viabilizando as comunicações imediatas, as transações globais instantâneas e, acima de tudo, tornando-se estruturante para a concretização do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida de sua felicidade. Diz-se isso por conta do reflexo imediato nas relações humanas, desde a concepção do que é ser pessoa detentora de direitos, aqui trabalhando com a análise da infância, culminando na reformulação das concretizações pessoais e familiares, que desembocam nas novas relações afetivas e filiais.

Por conta desse movimento transformador, que daqui pra frente só tende a avançar e não retroceder, somado especificidade das relações sociais e familiares, passa-se a trabalhar as novas demandas de filiação como novo ramo do direito, que atua com olhar voltado para o afeto e o direito de felicidade do ser humano como edificante da dignidade.

E, somado a tudo isso, urge apontar que a especificidade não está só na temática emergente, como também no profissional que está à frente da demanda, que exige qualificação especializada, além de uma visão e compreensão multicolorida e multifacetada das vivências familiares.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FILIAÇÃO

A partir do século XX⁴, a criança e o adolescente passam a receber certa tutela do Estado⁵. Com a vigência do Código Beviláqua em 1917, e ao entrar em vigor o denominado

⁴ Entre os séculos XVI ao século XIX, as crianças e adolescentes eram tratados, na maioria das vezes, como seres sem relevância. Esta indiferença advinha do alto índice de mortalidade precoce que assombrava aquela época. Não se pode esquecer que a indiferença com que eram tratados as crianças e adolescentes em terras brasileiras não era muito diferente daquela que lhes era proporcionada em outros países da Europa. Assim, além de adultos, as embarcações marítimas portuguesas traziam consigo para povoar a Terra de Santa Cruz algumas categorias de crianças como: grumetes, pajens, órfãs do Rei ou somente passageiros acompanhados de seus pais ou responsáveis. Para aprofundar o tema: RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Contexto, 2010, p.19-54.

⁵ Conforme explica Corral, o motivo principal para considerá-los como “objeto” de proteção paterna ou estatal e não como sujeitos detentores de direitos subjetivos era o fato da menoridade naquela época ser considerada um *status* do indivíduo (semelhante ao estado civil), prevalecendo o aspecto de “imperfeição” destes indivíduos em fase de desenvolvimento, e, atrelada a esta “imperfeição”, a necessidade de proteção e cuidado. Assim, os direitos legais da criança e do adolescente aparecem como autênticos direitos reflexos do interesse paterno ou social, não havendo, portanto, a preocupação em fazer com que estes indivíduos exercessem, ainda que de

Código de Menores, o legislador brasileiro passou a refletir sobre a temática da criança e do adolescente no país, de forma precária e discriminativa⁶.

Não pode-se esquecer, nesse sentido, a debilidade tanto do Estado quanto da sociedade em reconhecer e fazer valer os direitos da criança e do adolescente reconhecendo-os em sua completude como sujeitos detentores de garantias fundamentais. Todavia, a partir da Segunda Guerra Mundial, tornou-se imprescindível a formalização de determinados princípios e a garantia de sua inviolabilidade para preservação dos direitos do indivíduo. Daí a criança e o adolescente passaram gradativamente a receber, ainda que de forma incompleta, alguma proteção do Estado.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a dignidade passa a ser reconhecida em seu preâmbulo como elemento intrínseco a todos os membros da família humana, assegurando para todos os integrantes desta, direitos iguais e inalienáveis, além de irradiar a liberdade, a justiça e a paz no mundo.

A Declaração resguarda a capacidade indistinta de todos os indivíduos para fruir dos direitos e liberdades nela previstos; a igualdade de tratamento perante a lei, assim como a proteção contra qualquer forma de discriminação; a liberdade de pensamento, consciência e crença religiosa; a liberdade em poder opinar e se expressar; os cuidados necessários à infância e o tratamento igualitário aos filhos concebidos dentro ou fora do casamento; dentre outros direitos e garantias previstos, buscando fortalecer o respeito e a dignidade do indivíduo nas relações sociais e, principalmente, nas relações familiares.

Nesse aspecto, Arnaud evidencia que:

Com efeito, os direitos humanos consagram o subjetivismo, isto é, o triunfo do sujeito enquanto indivíduo absolutamente livre e detentor de todos os direitos que ele não teria aceito limitar, através de um pacto social, em nome do bem comum de toda comunidade. (...) Triunfando o sentimento, os indivíduos que constituem a família exigem que os direitos humanos protejam mais as pessoas do que o grupo: espera-se que o legislador proteja primeiro as pessoas, todas as pessoas, e integralmente. Assim, a mulher será protegida de seu marido; e os filhos, dos pais.⁷

forma diminuta, a sua autonomia privada. CORRAL, Alaéz Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

⁶Vale observar que no Código Civil de 1916 os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. “Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos”. LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito á origem genética: uma distinção necessária. In **Conselho da Justiça Federal**. Brasília. 2004, p.48.

⁷ ARNAUD, André Jean. **O direito entre a modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p 74-87.

No curso da história, a criança e o adolescente passaram a ser tratados, pela sociedade e pelo legislador, como indivíduos merecedores e detentores de direitos e garantias fundamentais. Assim, passam a serem vistos com olhar mais humano e indistinto; a criança e o adolescente passam a ser vistos como verdadeiros sujeitos de direitos. Nesse contexto:

Deixam de ser vistos como meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem (ou seu representante legal), sem qualquer capacidade para influenciarem a condução da sua vida, e passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, ou seja, como sujeitos dotados de uma progressiva autonomia no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Pode, por conseguinte, afirmar-se que a criança e o adolescente conquistaram já um estatuto de “cidadania social” incontornável.⁸

Nesse salto de direitos, a criança e o adolescente passaram a receber maior proteção, tornando-se alvo de amparo integral e prioritário. De igual modo, passaram a ser reconhecidos como agentes sociais, tornando a infância uma fase da vida que merece ser vista, debatida e valorizada.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), da qual o Brasil é signatário, prevê que, devido à imaturidade física e mental, eis que indivíduos em desenvolvimento, a criança e o adolescente necessitam de proteção e de cuidado especial, devendo, ainda, serem amparados por uma legislação especializada e apropriada.

Com Constituição Federal de 1988 e, logo em seguida, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Brasil passou a aplicar o princípio da proteção integral, objetivando proteger a criança e o adolescente, de forma prioritária.

Outro avanço de proteção significativo é a Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, que prevê em seu artigo 2.1 o direito à igualdade das crianças e adolescentes, proibida qualquer distinção entre eles. Já o art. 2.2, visa protegê-los de qualquer forma de discriminação ou castigo, assegurando o exercício de atividades, a manifestação de suas opiniões, dentre outros direitos e garantias conforme inserto no art. 3 todas as ações realizadas por instituições públicas ou privadas que, porventura, envolvam crianças ou adolescentes devem levar em conta, primordialmente, os interesses destes. O art. 4 além de agregar os direitos e deveres dos pais, tutores ou responsáveis,

⁸ MARTINS. Rosa Cândido. **Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?** *Lex familiae. Revista Portuguesa de direito da família.* Portugal, a. 1, n.1, p. 1-8, 2004. p. 06.

também prevê o direito à proteção e ao cuidado que obrigatoriamente estes deverão ter com a criança ou adolescente que estiverem sob sua responsabilidade.

Ademais, a Convenção sobre os Direitos da Criança em seu art. 12 expressa de forma clara o direito da criança e do adolescente em poder manifestar livremente o seu ponto de vista, principalmente em relação a questões que os envolvem, devendo a sua opinião ser considerada de acordo com a sua idade e maturidade.

O art. 13 assegura-lhes a liberdade de expressão. Já o art. 14 prevê o exercício do direito à liberdade de pensamento, de consciência e de professar a sua crença religiosa; proibindo interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada (art. 16). O art. 27, por sua vez, assegura à criança e ao adolescente o direito ao pleno desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social; no art. 28 vai ressaltado o direito ao acesso à educação de qualidade, enquanto o art. 31 traz à baila o direito ao descanso, ao lazer e à diversão.

Vale observar que a Convenção, além de prever os direitos das crianças e adolescentes, obriga os países signatários a proteger estes direitos, impondo medidas tanto administrativas quanto legislativas para que estes desfrutem das garantias previstas na Convenção - devendo os países, inclusive, fazer uso da cooperação internacional caso não tenham recursos suficientes, e, por conseguinte, prestarem contas à Organização das Nações Unidas (ONU).

Nesse sentido, é percebida a influência da Convenção sobre os Direitos da Criança na proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, e a sua influência na aplicação da doutrina da proteção integral contribuindo para que as crianças e adolescentes sejam reconhecidos como indivíduos detentores de direitos e garantias fundamentais.

3. AS NOVAS CONCEPÇÕES FAMILIARES

De igual modo que as transformações sociais modificaram o cenário existencial, também alteraram as formatações familiares sobremaneira.

Assim, afora o salto relacional experimentado nas últimas décadas, pode-se referir a saída da mulher do entrono do lar para o mercado de trabalho⁹, o avanço tecnológico na

⁹ Alexandra Kolontay presenteou-nos com sua clássica obra “A Nova Mulher e a Ordem Sexual”, marco divisor de águas na história da luta das mulheres e o feminismo. Afirma, assim, que a nova mulher, que poderíamos até denominar de “mulher ocidental”, nasceu de um sistema econômico do grande capitalismo. Dessa forma, surge através de uma realidade de massa, com o ruído infernal das máquinas da usina e da sirene das fábricas.

ciência e nas pesquisas quanto à fertilidade, a superação da afetividade sobre a consangüinidade, a equiparação e consolidação dos direitos entre casamento e união estável, incluindo-se, aqui, a união homoafetiva, entre outros fatores que contribuíram para que o Direito de Família fosse reinventado¹⁰.

O Direito, como um dos legados da modernidade – visto como instrumento de transformação social e não como obstáculo às mudanças sociais – formalmente encontrou guarida na Constituição de 1988. A forma desse veículo, por assim dizer, de acesso à

A imensa transformação que sofreram as condições da produção no transcurso dos últimos séculos, inclusive com as grandes vitórias de produção do capitalismo, obrigou, também, as mulheres a adaptarem-se às novas condições criadas pela realidade que as envolveram. Mudanças, essas, que simultaneamente com as evoluções econômicas e de produção, atingiram o aspecto psicológico feminino. A mulher não poderia, simplesmente, ser considerada uma mão de obra a mais para a força de trabalho. Deveria, sim, ser uma participação influente no mercado feminino assalariado, mas também lutadora, consciente e determinada a seguir por suas próprias pernas sua carreira e sua independência profissional. Seguramente, a transformação da mentalidade feminina, de sua estrutura interior, espiritual e sentimental, realizou-se primeiro e, principalmente, nas camadas mais profundas da sociedade, ou seja, onde se produziu necessariamente a adaptação do trabalho, as condições radicalmente transformadas de sua existência. Ao arrancar do lar, do berço, milhares de “mulheres ocidentais” houve uma conversão da personalidade submissas e passivas, escravas obedientes dos maridos, para um exército de luta pelos seus direitos e pelos direitos de toda uma comunidade. Despertando o espírito de protesto e educando a vontade de igualdade. Tudo isso, contribuiu para que se desenvolvesse e fortalecesse a consciência da individualidade feminina, como também o senso de coletividade. KOLONTAY, Alexandra. **A Nova Mulher e a Ordem Sexual**. São Paulo: Expressão Popular.

¹⁰ Já entre os anos de 1910 e 1911 surgiu na Alemanha um estudo psico-sociológico de Grete Meisel-Hess sobre a crise sexual. Uma das partes do ensaio da autora, se dedica a estudar os fins reais que a moral sexual possui sobre o homem, bem como sua contribuição para o desenvolvimento de sentimentos de solidariedade, companheirismo e, conseqüentemente, o enriquecimento de sua psicologia. Depois de uma análise sistemática, Meisel-Hess chega a conclusão de que somente com uma fundamental transformação da psicologia humana se poderá chegar às relações de verdadeiro amor, dotadas de uma afinidade real, em uniões que nos tornem felizes. Com efeito, temos que necessariamente que estar de acordo com Meisel-Hess quando diz “*uma vida em comum demasiado limitada é a causa principal que faz murchar a delicada flor primaveril do mais puro entusiasmo amoroso. Quantas precauções uma alma deve ter com a outra, que imensas reservas de afetuoso calor são necessárias para que se possa colher; já no outono, os frutos saborosos de uma profunda e indissolúvel adesão entre duas pessoas*”. Com grande audácia, a autora trouxe a tona questões sobre a *união livre*. Relata que essa união traz consigo aspectos igualmente sombrios, uma vez que o homem de sua época não é capaz de sentir o verdadeiro amor. Afirma que, “*o homem atual não tem tempo para amar. Nossa sociedade, fundada sobre o princípio da concorrência, sobre a luta, cada vez mais dura e implacável, pela subsistência, para conquistar um pedaço de pão, um salário ou um ofício, não deixa lugar ao culto do amor*” e segue “*não nasceu ainda o homem forte e consciente que seja capaz de considerar o amor como parte integrante na totalidade de seus objetivos vitais. Por essa razão, o homem atual, absorvido por sérios trabalhos, prefere comprometer-se com uma mulher, dando-lhe seu nome e tomando sob sua responsabilidade a carga de uma família legal. Tudo isso é melhor do que perder um tempo tão valioso e dilapidar suas energias nas horas entregues aos prazeres do amor*”. Contudo, a *união livre* sofria a conseqüência da falta de consciência e de um dever interior. Não creditava, assim, a autora, que essa forma de união sexual fosse capaz e, forte o bastante, para ajudar a humanidade a sair da encruzilhada em que se encontrava. A solução para esse complicado problema seria mediante uma reeducação fundamental de toda a psicologia humana. Transformação, essa, de todas as bases que condicionam o conteúdo moral, principalmente, as de caráter sociais. Assim, entre essas mudanças, correspondiam as reivindicações sociais feministas: independência econômica da mulher, verdadeira proteção e segurança à maternidade e a infância, luta contra a prostituição em sua base econômica, supressão da noção de filhos legítimos e ilegítimos, substituição do matrimônio religioso pelo matrimônio civil, facilmente anulável. Sobre o tema: Grete Meisel-Hess. **A Crise sexual**.

igualdade prometida pela modernidade foi a instituição do Estado Democrático de Direito. A Constituição, desse modo, ofereceu um amparo à família, criança, adolescentes e idosos, consubstanciados entre os artigos 226 e 230. Garantindo direitos inerentes ao ser humano e ligados com outros direitos fundamentais também consagrados na nossa Carta Magna.

De igual modo, as legislações infraconstitucionais também garantiram a proteção dos enlaces que envolvem o direito das famílias. Assim, alterações que vieram em nosso Código Civil, apesar de inúmeras lacunas e ausência de temas de suma importância, acabaram por contribuir para ampliar o escopo de direitos e garantias; a Lei da Criança e do Adolescente, do Idoso, do Divórcio, da Investigação de Paternidade, da Guarda Compartilhada, da Alienação Parental, enfim, foram fontes inovadoras e possibilitaram um novo olhar sobre as relações interpessoais de afeto.

A família foi, é, e continuará sendo o núcleo básico e essencial da formação e estruturação dos sujeitos, e, conseqüentemente, do Estado. Desta forma, é uma construção que está estruturada no afeto, no amor, na compreensão, nas atitudes solidárias e no reconhecimento.

Essa ideia de família nada mais é do que o reflexo do fim das famílias patriarcais de 1916, daquela família fundada pelos laços de sangue e comandada pelo poder do pai. Ainda são reflexos das transformações da sociedade, dos grandes avanços e das conquistas de longos anos, que hoje são comemoradas por todos os operadores do Direito. Assim, família se constitui por diversos fatores e é capaz de ter múltiplos envolvidos, pois hoje existe uma estrutura multifacetada, quando tratamos de famílias uniparentais¹¹, homoafetivas¹², pluriparentais¹³, etc., demonstrando o caráter eudemonista¹⁴ presente na nossa atualidade e justificada exclusivamente na busca da felicidade e na realização pessoal de seus indivíduos.

¹¹ Família uniparental, também denominada de monoparental, tem por característica a unidade formada pelo progenitor e sua prole. Nessa formação os papéis maternos e paternos são multidimensionais e complexos, principalmente quando sua responsabilidade se amplia a exercer uma função dinâmica entre paternidade e maternidade.

¹² Família homoafetiva é marcada pela convivência pública, contínua e duradoura baseada no afeto entre pessoas do mesmo sexo.

¹³ Família pluriparental ou mosaico é uma estrutura familiar constituída através do matrimônio ou da união de fato de um casal, onde um ou ambos de seus membros possuem filhos advindos de um casamento ou de relações anteriores.

¹⁴ Compreende-se por família eudemonista aquela estrutura familiar que busca a realização absoluta de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, consideração e o respeito mútuo entre seus membros, independente do vínculo biológico.

A sociedade brasileira vive hoje o fenômeno das famílias recompostas e reconstituídas, formadas, justamente, por pessoas que estão ligadas pelo amor.

Esses fatores somados, que constituem a família, é que garantem o desenvolvimento da esfera familiar. Assim, a presença do afeto, do carinho, da compreensão, da atenção, da disponibilidade, do cuidado, do alimento, é que são capazes de dar ensejo a presença de uma estrutura familiar propriamente dita, independentemente de quem são, e de quantos são, os indivíduos envolvidos. Desta forma, é na família que a pessoa se completa, se perfaz, que o eu se transforma em nós.

Posto isto, a família é encarada pelo viés instrumental, passa a ser meio de realização pessoal de seus integrantes, o conceito da família passa a ser o indivíduo, desse modo contextualizam Gagliano e Pamplona Filho:

Enquanto base da sociedade, a família, hoje, tem a função de permitir, em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização dos seus projetos pessoais de vida. [...] Hoje, no momento em que se reconhece à família, em nível constitucional, a função social de realização existencial do indivíduo, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base de uma sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana. [...] A família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário.¹⁵

É notória a evolução social dos últimos séculos, refletindo na evolução da família, ou do sistema familiar.

Doutrinador Flávio Tartuce¹⁶ explica que a família, pela luz constitucional, decorre dos institutos do casamento civil, da união estável e da família monoparental, no entanto, o rol tem o condão de ser meramente exemplificativo, e, em razão disso, são admitidas outras manifestações familiares como a família anaparental, família homoafetiva e família pluriparental.

Nesse sentido, família é sinônimo de um agrupamento interligado por relações de afeto, independente do número de indivíduos, orientação sexual, ou mesmo obediência a formas pré-determinadas.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 2., 2014, p. 63.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, v. 2. 2012, p 823-824.

Dentre as novas concepções pode-se referir os grupos de irmãos, os pais solteiros com filhos frutos de reprodução assistida, as uniões simultâneas, ou poliamor, e até mesmo passa-se a inserir no conceito de família os animais de estimação – seres emocionalmente vinculados com seus familiares.

4. AS NOVAS AÇÕES DE FILIAÇÃO

Na medida em que, no século passado, a família patriarcal, o direito patrimonializado e a consanguinidade reinavam sob as estruturas familiares, a presunção de filiação provinha da origem sanguínea e, acima disso, do matrimônio, haja vista a máxima de que o filho nascido na constância do casamento tem por pai o marido de sua mãe

A maternidade do filho gerado por meio de relação sexual entre marido e mulher era certa, vez que ela se manifesta por sinais físicos inequívocos. A paternidade era incerta e a presunção se atribuía diante do fundamento da fidelidade conjugal por parte da mulher¹⁷.

Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a ocorrência das maiores e mais profundas mudanças no direito de família, excluindo a família baseada exclusivamente pelo vínculo matrimonial e priorizando a organização familiar baseada no afeto, com a busca da realização plena de todos os membros que a integram, surge o conceito de família eudemonista. Desta forma, como já discorrido, o instituto da filiação também sofreu bruscas alterações, visto que o afeto é de extrema relevância nas relações paterno-filiais.

A par disso, sobrevieram as mudanças no Direito de Filiação e, até mesmo, nas ações de filiação.

Vale apontar as formas nas quais são realizados os Registros de Nascimentos de recém-nascidos. Quando os pais são casados, deverão comparecer ao cartório de Registro de Pessoas Naturais levando os documentos de identificação original do declarante (mãe ou pai), Certidão de Casamento, Declaração de Nascido vivo (DNV), sendo desnecessária a presença do pai e da mãe de forma conjunta no cartório.

¹⁷ ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Direito em Debate**, 2009. p.63. Disponível <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>>. Acesso em: 30.12.2019.

Entretanto, quando os pais da criança não são casados, o nome do pai da criança somente poderá constar do registro se este reconhecer a paternidade.

Assim, ou ambos os genitores comparecem ao cartório ou, então, a mãe comparece sozinha levando uma escritura pública ou instrumento particular com firma reconhecida, no qual o homem reconheça que é pai da criança. É possível, de igual sorte, que a mãe leve uma procuração específica do pai da criança na qual ele faça o reconhecimento.

Todavia, não sobrevivendo o reconhecimento por parte do genitor, a mãe deverá registrar sozinha o filho, a fim de que a criança não seja prejudicada, garantindo identificação para o exercício de seus direitos enquanto pessoa.

No entanto, deverá entregar ao Oficial do Registro Civil o nome e demais dados do suposto pai, quando será instaurado procedimento para averiguar se a alegação da mãe está correta ou não, ou seja, se o suposto pai referido é realmente o pai da criança.

Este procedimento somente foi possível com o advento da Lei 8560/92, restando denominado de “averiguação oficiosa de paternidade”, previsto no art. 2º da referida Lei¹⁸. Tal procedimento, de cunho administrativo, viabilizou caminhos mais céleres para o reconhecimento de paternidade, garantindo direito de filiação e hereditariedade à criança,

¹⁸ Lei 8560/92, art. 2º: Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação. Desse modo, é dever do Oficial enviar para o juiz uma certidão dizendo: foi registrada a criança, apenas no nome da mãe e esta declarou que os dados do suposto pai. O juiz mandará notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída; o magistrado poderá, ainda, quando entender necessário, determinar a realização de diligências, em segredo de justiça; o juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada; no caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação. Se o suposto pai não atender, no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público ou da Defensoria Pública para que ajuíze, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade. Vale ressaltar que na averiguação oficiosa, se o suposto pai não concordar, o juiz não pode determinar compulsoriamente que ele seja declarado como genitor da criança. Desse modo, a “averiguação oficiosa de paternidade” não se confunde com um processo judicial de investigação de paternidade. Ainda, cabe esclarecer que o Oficial deverá adotar a providência do art. 2 da Lei nº 8560/92 mesmo que a mãe não queira ou não informe os dados do suposto pai. Diante disso, se o juiz concluir que não há possibilidade de que sejam trazidos elementos para a definição da verdadeira paternidade, ele poderá extinguir o procedimento administrativo, encaminhando os autos ao representante do Ministério Público para que intente a ação competente, se cabível. Assim, o STJ entende que: “O juiz tem a discricionariedade de extinguir, por falta de provas, o procedimento de averiguação oficiosa, que tem a natureza de jurisdição voluntária, quando reputar inviável a continuidade do feito. Neste caso, será ainda possível a propositura de ação de investigação da paternidade”. (STJ. 3ª Turma. Resp. 1376753/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 01/12/2016). Sobre o tema, vale referir o Provimento 16/2012 CNJ que fixou regras e procedimentos para facilitar o reconhecimento de paternidade de mães cujos filhos não possuem o nome do pai na certidão de nascimento, dos filhos maiores de 18 anos que também não possuem o nome do genitor no registro de nascimento e dos pais (genitores) que desejam reconhecer sua paternidade.

somando à ascendência genética - todos abrangidos pelo princípio magno da dignidade da pessoa humana.

Vale observar, nesse aspecto, o direito à busca da ascendência e descendência viabilizadas pelas ações investigatórias de paternidade e maternidade, sejam elas biológicas ou socioafetivas. Nesse aspecto, é importante referir a legitimidade ao pedido *post mortem*¹⁹, ocorrido após o falecimento do(a) suposto(a) pai/mãe, bem como a viabilidade do agrupamento de parentalidade, hoje denominado de multiparentalidade, na qual é a forma de reconhecer, no campo jurídico, o que ocorre no mundo dos fatos.

Embora nem todas as inclinações afetivas gerem o vínculo socioafetivo de filiação, esta forma de exercício da parentalidade passou a ser recebida pela doutrina e pela jurisprudência, gerando, inclusive, todos os efeitos decorrentes da relação paterno-filial (ou materno-filial), ainda que não haja lei específica a regulamentando.

Primeiramente, com o reconhecimento das famílias homoafetivas (formada por pessoas do mesmo gênero – feminino/ masculino), abriu-se um precedente para a inclusão de mais de um pai ou mais de uma mãe no registro de nascimento dos filhos, já que, nesses casos, aconteceria sempre uma ‘dupla maternidade’ ou ‘dupla paternidade’.

De igual modo, embora os padrastos e madrastas não tenham, por lei, determinadas obrigações em relação aos seus enteados, com o aumento das famílias reconstituídas ampliaram as chances de aparecimento de laços afetivos que geram efetivamente uma relação de filiação socioafetiva. Assim, nas famílias reconstituídas e nas demais modalidades familiares que possam surgir, algumas situações passaram a merecer ponderação, nas quais se cria uma relação de socioafetividade sem que se desconsidere o valor e o contato com a origem biológica. Nesses casos, a multiparentalidade apresenta-se como solução aos novos formatos trazidos pelas contemporâneas relações familiares, somando vínculos, ao invés de excluir.

Vale deixar claro que a multiparentalidade gera todos os efeitos da filiação para os envolvidos e, dessa forma, somente deve ser estabelecida quando, de fato, estiver pulsante, pois o principal vetor observado na resolução dos conflitos acerca de causas dessa natureza é o do melhor interesse da criança. Fora isso, a ausência de legislação específica sobre a

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça garante que é possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem*, ou seja, mesmo após a morte do suposto pai socioafetivo. STJ. 3ª Turma. Resp. 1.500.999-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/4/2016.

multiparentalidade não impede que seja aplicada, no intuito de proteger as entidades familiares, nos termos propostos pela Constituição - com proteção do indivíduo, da sociedade e do Estado.

Somado a isso, dentro dessa onda revolucionária no direito de filiação, dando um salto à temática, pode-se apontar a ruptura da presunção relativa da paternidade e absoluta da maternidade, ante a existência das técnicas de reproduções assistidas que, sendo utilizado material genético de terceiro anônimo, denominadas de reprodução assistida heteróloga²⁰, a paternidade/maternidade biológica do nascituro será distinta da verdadeira paternidade/maternidade, essa considerada como socioafetiva, provinda do projeto parental almejado pelas partes.

Portanto, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. A filiação socioafetiva, portanto, é bastante abrangente e, na reprodução medicamente assistida heteróloga, ao considerar pai/mãe jurídicos aqueles que não forneceram o material genético para a concepção de seu filho, traz a tona a origem não genética, construída pelo afeto, pela convivência, pelo nascimento emocional e psicológico do filho que enxerga naqueles com quem convive e recebe afeto seus verdadeiros pais.²¹

O art. 1.597, V, CC²², apresenta a regra jurídica sobre a presunção de paternidade dos filhos advindos de inseminação artificial heteróloga. Neste tipo de inseminação, o material genético envolvido é de um terceiro, mas com a concordância e autorização prévia do marido, aqui compreendendo também o companheiro. Esta é juridicamente necessária para viabilizar a presunção da paternidade. Esta situação decorre do fato de o Código Civil não ser taxativo e explícito em relação à autorização ou regulamentação da reprodução

²⁰ Em se tratando de inseminação artificial, é importante fazer a distinção quanto aos agentes que efetivamente participam com a doação das células reprodutivas. Costuma-se chamar de reprodução assistida homóloga aquela em que o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro), e heteróloga quando o material fecundante for de terceiro (doador).

²¹ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Filiação na reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3670/Filiacao-na-reproducao-assistida-heterologa>>. Acesso em: 01.01.2020.

²² Já no momento da entrada em vigor do CC de 2002 este artigo 1597 sofreu severas críticas, pois tratava-se de um texto aberto, indeterminado e genérico. Naquela oportunidade o prof. Miguel Reale, coordenador da Comissão elaboradora do CC 2002 já explicava: “*A experiência jurídica está sujeita a imprevistas alterações que exigem desde logo a atenção do legislador, mas não no sistema de um código, mas sim graças a leis especiais, sobretudo quando estão envolvidas tantas questões de direito quanto de ciência médica, de engenharia genética, etc.*”

assistida. Segundo Venosa, o código “*apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade*”.²³ Por sua vez, há divergência na doutrina quanto à necessidade de autorização expressa e escrita, para que possa evitar qualquer tipo de impugnação da paternidade que vier a ocorrer posteriormente.

Diante desta questão, o Conselho de Justiça Federal, por iniciativa do Superior Tribunal de Justiça, elaborou um enunciado tratando do assunto. A saber:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento (Conselho de Justiça Federal, Enunciado nº 104).

Ainda, na reprodução assistida heteróloga, havendo o consentimento, depois de realizado o procedimento, não poderá sobrevir a contestação da paternidade. A partir do momento que assumiu a paternidade de filho, com que sabidamente não tinha consanguinidade, não lhe é permitido negar sua responsabilidade, salvo se provar vício de vontade por meio de coação, erro ou lesão. Seguindo essa linha, há que se fazer referência ao direito sucessório, de filhos provindos de reprodução assistida *post mortem*, ante a igualdade na filiação, não sendo possível haver distinção em relação aos herdeiros já nascidos há época da abertura da sucessão.

Aqui, vale observar que, ante a ausência de legislação sobre o tema, existe divergência em relação aos prazos para realização da concepção, bem como para busca do quinhão hereditário, cabendo ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar, da igualdade entre os filhos, da segurança jurídica e o princípio da *saisine* ²⁴.

²³ VENOSA, Sílvio. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2007. p.268.

²⁴ No Direito Brasileiro a sucessão está consubstanciada no princípio da *saisine*, o qual está disposto no art. 1784 do Código Civil. Por este princípio, há a transferência automática e instantânea da posse e da propriedade daquele que é autor da herança aos seus sucessores. Em razão disto, nossa legislação assegura os direitos do nascituro, inclusive quanto aos direitos sucessórios. Assim, em caso de falecimento do genitor durante o período gestacional de um filho, restaria assegurado o quinhão hereditário do mesmo. Ainda, em razão de sucessão testamentária, é legítima a possibilidade do testador beneficiar filho ainda não concebido, de pessoas indicadas por ele, desde que vivas estas no momento da abertura da sucessão. Todavia, com relação aos efeitos sucessórios dos filhos havidos por inseminação homóloga *post mortem* não há consenso na doutrina. Pois, segundo o próprio princípio da *saisine*, o filho gerado através da técnica artificial póstuma não poderia ser considerado como herdeiro pela doutrina positivista, em razão de que ao momento da abertura da sucessão

Na tentativa de eliminar as controvérsias a III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado 267, segundo o qual:

Enunciado n. 267, da III Jornada de Direito Civil: a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Há, todavia, necessidade de se estabelecer limites temporais para a utilização do material genético e a concretização da inseminação, em razão de que a decisão pode ocorrer bem além do falecimento do pai ou da mãe, concretizando-se depois da finalização do inventário.

A primeira solução consistiria em, havendo a concepção posteriormente ao encerramento da partilha, esta haveria de ser revista por ação de petição de herança, que poderá desaguar na restituição dos bens do acervo e sua conseqüente redistribuição, com todas as implicações cartorárias e fiscais. Fortalecendo esta opinião, resta o dispositivo legal do direito sucessório o qual assegura, através da ação de petição de herança (art. 1.824, CC), que o herdeiro reserve ou mesmo solicite a restituição de seu quinhão hereditário, uma vez que se comprove sua qualidade de herdeiro do *de cujus*.

Em razão da súmula 149 STF a prescrição do direito de ação de petição de herança é de 10 anos. Tal entendimento, de se utilizar o dispositivo da petição de herança ao caso, nasce a partir da observação do princípio da igualdade entre os filhos, o qual proíbe distinção na filiação. Não se tem respostas prontas sobre a temática, assim como as novas questões que surgem no direito de filiação.

Cabe desse modo, aos operadores do direito qualificarem-se considerando que as relações familiares são complexas e dinâmicas, exigindo dos profissionais que se debruçam sobre a temática buscar constante aprimoramento na nova área denominada Direito de Filiação.

nem mesmo havia a concepção do filho, mas tão somente, uma futura expectativa. Autora Giselda Maria Fernandes Hironaka, defende que os direitos sucessórios são estendidos àqueles concebidos através de reprodução assistida homóloga após a morte do genitor desde que cumpridos todos os requisitos previstos no Enunciado 106, do Conselho da Justiça Federal, “[...] a inseminação post mortem, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as conseqüências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido”. Também com esse entendimento, o professor Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho.

5. CONCLUSÃO

Por tudo isso, o processo histórico, social e transformador ocorrido na dinâmica das relações interpessoais, que fez nascer o novo Direito das Famílias, aflorando para o Direito de Filiação, exige papel hermenêutico, dando sentido ao texto normativo livre de pré-compreensões, pois isto equivaleria a estar de fora da história e fazer calar a norma.

Assim, quando adentramos na seara do Direito das Famílias e Direito de Filiação temos que ter a clareza de que os princípios constitucionais, esses de caráter fundamentais, têm de prevalecer no momento da interpretação jurídica.

Dessa maneira, as transformações da, e na sociedade, que exigem que os operadores do direito revejam suas análises interpretativas, exigem, por sua vez, uma transformação na própria formação do operador, ante a especificidade da área. É a partir dessa dinâmica que se garantirá preservação do afeto nas relações de família, prevalência da proteção aos menores, bem como máxima defesa ao direito de filiação - temas em destaque que merecem olhar atento.

O Direito é uma ciência prática a fim de resolver os problemas sociais. Assim, a tarefa de interpretar consiste em encaixar a lei em cada caso, não se afastando da história da vida factual.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André Jean. **O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Zahar, 2001.

_____. **Amor Líquido**, Zahar, 2004.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Filiação na reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3670/Filiacao-na-reproducao-assistida-heterologa>>.

CORRAL, Alaez Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 2., 2014.

KOLONATAY, Alexandra. **A Nova Mulher e a Ordem Sexual**. São Paulo: Expressão Popular.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito á origem genética: uma distinção necessária. In **Conselho da Justiça Federal**. Brasília. 2004.

MARTINS. Rosa Cândido. **Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?** Lex familiae. Revista Portuguesa de direito da família. Portugal, a. 1, n.1, p. 1-8, 2004.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Contexto, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, v. 2., 2012.

VENOSA, Sílvio. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2007.

MODA, COMPLIANCE E BRANDING, CONCEITOS ENTRELACADOS NO SEGMENTO DO *FASHION LAW*

Nathalia Silveira de Almeida¹

RESUMO: Este artigo analisa a necessidade de implementação de *compliance*, bem como sua conexão com o *branding* nos casos de marcas envolvidas com a indústria da moda. Sob o olhar do *Fashion Law*, defende-se a importância do mercado *fashion* para a economia, além de seu aspecto social e psicológico. Na sequência, apresenta-se a ferramenta de *compliance* e sua relevância como forma de garantir um eficaz posicionamento da marca de moda no mercado.

Palavras-chave: *Branding. Compliance. Fashion Law. Mercado. Moda.*

ABSTRACT: This article analyzes the need for compliance implementation, as well as its connection with branding in cases of brands involved with the fashion industry. Under the eyes of Fashion Law, we defend the importance of the fashion market for the economy, in addition to its social and psychological aspect. Afterwards, we present the compliance tool and its relevance as a way to guarantee an effective positioning of the fashion brand in the market.

Keywords: *Branding. Compliance. Fashion Law. Market. Fashion.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar, sob a ótica do *Fashion Law*, a importância da aplicação do *compliance*² e do *branding*³ para o mercado da moda, bem como a relação entre os institutos. Faz-se necessário ter em mente que o *Fashion Law*⁴ (direito da moda) não se trata de ramo autônomo do Direito, devendo ser entendido como a reunião de questões

¹ Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus e pós-graduanda em Educação no Ensino Superior pela Faculdade Cruzeiro do Sul.

² *Comply*, em inglês, significa conformidade. *Compliance*, no Brasil, é usado para definir o ato de estar em conformidade com normas, controles internos e externos. É a atividade de assegurar que a empresa está cumprindo à risca todas as imposições dos órgãos de regulamentação, dentro de todos os padrões exigidos de seu segmento.

³ Do inglês *brand* que significa marca. Refere-se à construção e consolidação de uma marca no mercado. Abrange não só ações de marketing, mas também ações internas com o objetivo de transmitir a imagem pretendida.

⁴ Termo cunhado pela advogada norte-americana Susan Scafidi para designar questões legais específicas do mundo da moda.

jurídicas interdisciplinares que envolvem as diversas vertentes do direito e que se referem a tudo o que se relaciona com o universo da moda.

A partir da análise do mercado da moda e de sua importância para a economia mundial, como fonte de giro de capital, geração de empregos e expressão cultural, observou-se que tal mercado vem passando por grande transformação. Atualmente, os consumidores têm dado importância para questões que antes ficavam apagadas, tais como política ambiental, sustentabilidade, mão de obra legal e postura de ética das marcas e empresas que trabalham com moda.

A pesquisa no presente trabalho foi qualitativa, com caráter jurídico-dogmático, pautando-se pelo método interpretativo sistemático, bibliográfico e com consulta a fontes legislativas e científicas.

O trabalho se desenvolve em três seções. Inicialmente, apresenta-se um panorama da moda, abordando aspectos de seu relevante papel enquanto reflexo dos aspectos sociais de uma época, como forma de expressão e ainda como manifestação do sujeito e de sua personalidade.

Em seguida, é evidenciada a importância do mercado da moda e sua relevância jurídica, explicitada a partir do surgimento de um número cada vez maior de contratos de licenciamento, franquias, sociedades empresariais, entre outras operações de negócio.

A terceira parte do trabalho versa sobre o *compliance* e sua aplicação no nicho da moda. Para tanto, descreve o mercado *fashion*⁵ como fatia importante da economia, tornando claro que em todos os aspectos da cadeia da moda há uma relação com algum ramo do direito e, portanto, exigem a aplicação de normas reguladoras como forma de assegurar direitos e ética entre as partes envolvidas. A partir da definição do conceito de marca e de seu caráter cocriativo, o trabalho evidencia a necessidade de as empresas abandonarem a postura tradicional, tornando clara a relação do *branding* com o instituto do *compliance*.

Por fim, nas considerações finais, o trabalho conclui que o crescimento do setor da moda e sua inegável diversificação revelam a multidisciplinariedade que o conceito de *Fashion Law* abriga, evidenciando a necessidade de regulação e proteção dos direitos de todos os envolvidos nesse nicho.

⁵ Moda. Tendência popular, especialmente referente a estilos de vestir-se e ornar-se ou formas de comportamento.

2 O MERCADO DA MODA E A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE COMPLIANCE

2.1 A história por trás das roupas: a moda como identidade e ferramenta de expressão

Antes de iniciar o estudo sobre *compliance*, faz-se necessário uma visita ao contexto da moda, sua relevância como ferramenta de identidade e expressão e consequente proliferação no mercado, bem como a necessidade de uma correta regulação das práticas existentes neste mercado.

Sabe-se que a maneira como as pessoas se vestem ao longo dos tempos reflete aspectos sociais, culturais e a forma de pensar daquele período. De acordo com Gumbrecht⁶, “[...] a moda, em seu sentido historicamente específico, implica, para começar, a expectativa fundamentada de que as formas de vestuário dominantes irão mudar em intervalos explicitamente marcados”.

Nessa mesma perspectiva, autores como Jean Maisonneuve e Marilou Bruchon Schweitzer⁷ definem a indumentária como uma expressão do sujeito e alegam que o tipo de vestimenta a ser adotado está internamente ligado a alguns aspectos de comportamento e personalidade. A vestimenta seria uma espécie de “segunda pele” (conceito originalmente formulado por Marshall McLuhan) e pode ser definida como uma superfície mais adaptável às situações e papéis que desempenhamos, bem como à identidade que desejamos imprimir no contexto social em que vivemos.

André Carvalhal⁸ afirma que não se pode tratar a moda de maneira superficial, ao contrário, é preciso responsabilidade e consciência no processo criativo. Dessa forma, vestir-se passa a ser um encontro com o próprio eu, fazendo com que a moda, então, cumpra um propósito maior do que cobrir o nu.

⁶ GUMBRECHT apud POLLINI, Denise. **Breve história da moda**. São Paulo: Editora Claridade, 2007 (Coleção Saber Tudo), p. 17.

⁷ MAISONNEUVE; SCHWEITZER apud CIDREIRA, Renata Pitombo. **Os sentidos da moda**: vestuário, comunicação e cultura. São Paulo: Annablume, 2005.

⁸ CARVALHAL, André. **Moda com propósito**: manifesto pela grande virada. - ed. 1 - São Paulo: Paralela, 2016.

Nesse entendimento, a moda apresenta-se como instrumento a favor de quem usa, podendo proporcionar a ampliação da capacidade intuitiva e simbólica para além dos limites impostos pela peça.

Aliando-se a esse conceito, é possível verificar o comportamento de estetização da vida, que se manifesta através de signos e imagens que fazem parte do cotidiano da sociedade contemporânea, ativando desejos por meio de imagens e propagandas que atingem o indivíduo através de várias mídias. Comumente essa abordagem de marketing gera no consumidor uma necessidade de adesão que não é real, o que apenas mobiliza o mercado capitalista. Nesse ciclo, acontece o apego à aparência, à idealização de imagem intangível e à tentativa de suprimento de necessidade pela aquisição de bens materiais.

No entanto, esse é um pensamento que vem ganhando audiência para o movimento contrário. Tendo como premissa a ideia de que a moda é, dentre outras coisas, a representação dos pensamentos da sociedade da época, tem-se uma nova visão do que pode significar a moda e sua relação mercadológica. Isso porque as novas gerações estão valorizando e ressignificando questões antes incontestadas, tais como: origem de matéria prima, posicionamento de marca perante questões de assistência social, apreciação da mão de obra, sustentabilidade e inclusão. Além disso, temos a questão da tecnologia, que está cada vez mais inserida no mercado *fashion* e que traz questionamentos de regulação e normatização para seu uso correto.

De acordo com André Carvalhal⁹, em sua obra recente *Moda com propósito*, a “segunda maior atividade econômica do mundo tem como produto final as roupas, mas o seu papel vai bem além disso. Trabalhar com moda não pode ter só a ver com criar, combinar, comercializar ou comunicar roupas”. Segundo o mesmo autor, o papel da moda vai além de propósitos como adorno, proteção, diferenciação e legitimação. A moda serve aos sonhos. Serve à construção da identidade, ao autoconhecimento e sua busca e à criação de diálogos e laços sociais.

2.2 O novo mercado da moda e sua relevância jurídica

Segundo a Associação Brasileira de Indústria Têxtil e Confecção (ABIT) a indústria têxtil e de confecção brasileira destaca-se no cenário mundial por características como profissionalismo, criatividade e tecnologia, e, ainda, por ser a quinta maior indústria têxtil

⁹ Ibidem, p. 75.

do mundo e a quarta maior em confecção. Atualmente é a maior cadeia têxtil e de confecção integrada no hemisfério ocidental, já que produz desde as fibras até o produto final, passando por fiação, tecelagem, malharia e beneficiamento até os desfiles no varejo e no e-commerce da moda. Isso sem falar na parte criativa, com estilistas renomados, bem como no aspecto de consumo, já que é um setor com muita procura e consequente prosperidade de negócio.

Cabrera e Silva¹⁰ pontuam que “os números de crescimento do mercado brasileiro na primeira metade da última década demonstram que houve uma mudança no tipo de estabelecimento comercial deste setor”, assim como ocorreu um aumento da complexidade das operações negociais com o desenvolvimento do comércio internacional, surgindo mais contratos de licenciamento, franquia e sociedades empresariais, inclusive com abertura de capital.

Visualizando a mudança no mercado da moda, que valoriza, além do adorno, outras funções, o marketing surge com papel importante nesse processo transformativo. Nesse embalo, muda também a nossa relação com o marketing e com as marcas, surgindo assim o conceito de benefícios na diferenciação dos produtos. O marketing é um dos caminhos para a venda, configurando-se como verdadeiro aliado da área comercial. Michael Porter, em seu livro *Estratégia competitiva*, citado por Carvalhal, afirma que o propósito do marketing é “entender as necessidades e desejos das pessoas para satisfazê-los. Contribuir com sua vida e o desempenho financeiro do negócio”¹¹.

Em razão da constante transformação, o nível de consciência do consumidor mudou, de forma que o sucesso de uma empresa e o consumo de seu produto estão ligados a valores sociais, tais como os ambientais, de sustentabilidade e de inclusão.

O compromisso das marcas evoluiu para uma perspectiva de engajamento e ativismo que vão além da simples oferta de um produto no mercado. No desafio de se construir uma marca que se conecte com os novos anseios da sociedade, é essencial que as empresas contem com um bom respaldo jurídico. Engana-se quem pensa que esse setor em nada se alinha com o Direito. No ramo da moda, existem inúmeras modalidades de contratos que precisam do conhecimento técnico do profissional do direito. No mesmo sentido, as criações e marcas devem ser protegidas e, para tanto, adentramos no ramo da Propriedade Intelectual,

¹⁰ CABRERA e SILVA apud ARROSI, Leticia Soster. **Contratos na fashion law**: entre a propriedade intelectual e a economia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019, p. 10.

¹¹ CARVALHAL, André. **Moda com propósito**: manifesto pela grande virada. - Ed. 1 - São Paulo: Paralela, 2016, p. 94.

com seus registros de marcas, patentes, direitos do autor, desenho industrial e etc. Há, ainda, a questão da proteção contra concorrência (desleal, *tradedress*¹², parasitária), cópia, contrafação e tudo o mais que envolve o “mercado negro” do plágio e que vemos correr à solta em vitrines de vendedores ambulantes.

Além disso, como já falado, as empresas têm investido muito em marketing, principalmente digital, o que também é parte da estratégia de construção de *branding*. Assim, o conhecimento em direito digital é igualmente instrumento a ser utilizado na indústria da moda. A publicidade feita através de influenciadores digitais, o *e-commerce*¹³, a venda informal, a proliferação de lojas de reusos (brechós), de aluguel para uso coletivo de roupas e acessórios, e tudo o mais que exige a inovação do direito para que acompanhe as demandas dos novos tempos, fazem com que estudos e normas reguladoras sejam aplicados de forma a assegurar os direitos do consumidor e proteger os fornecedores de possíveis fraudes.

2.3 Compliance e sua aplicação no nicho da moda

Em tempos de construir relação de proximidade com clientes e fidelização de serviços, a reputação de uma empresa torna-se ponto chave para o seu sucesso. Assim, a aplicação de *compliance* no mundo empresarial é requisito indispensável para a construção de seu *branding*.

A Advocacia Preventiva também faz parte do conceito de *compliance*. Evitar contendas judiciais e infrações administrativas é mais eficiente e menos oneroso para as empresas do que arcar com lides processuais, além de reforçar a ideia de “retidão” que tanto se preza no mercado atualmente. O mapeamento e a gestão de riscos impedem que possíveis causas de insubordinação legal surtam efeitos negativos, prejudicando o bom andamento das atividades da empresa.

No ecossistema de negócios, entendido no mundo corporativo como a rede que engloba uma empresa e suas partes interessadas, como fornecedores, clientes e demais parceiros, também se deve garantir a aplicação de *compliance*, por isso o advogado deve assegurar que todos os envolvidos nas negociações estejam agindo em conformidade com a

¹² "Roupage externa"; conjunto de elementos distintivos de produtos, serviços ou estabelecimentos comerciais, que fazem com que o público os identifique no mercado consumidor.

¹³ Abreviação em inglês de *eletronic commerce*, que significa comércio eletrônico. É um modelo de comércio que utiliza como base plataformas eletrônicas via internet.

lei. O mercado contemporâneo tem características competitivas e exigentes. Reconhecer o *compliance* como ferramenta de gestão é demonstrar alinhamento com os objetivos estratégicos da empresa. Implantar o *compliance* é encurtar o caminho para alcançar a consolidação da marca.

Nos tempos atuais, o consumidor não está mais preocupado apenas com o produto ou serviço em si. As marcas e empresas precisam entregar muito mais do que a qualidade do bem ofertado. Valores como ética, mão de obra valorizada, questões ambientais e transparência fazem a diferença para captar o consumidor no mercado competitivo e seletivo em que a sociedade se encontra.

Nesse sentido, a utilização da ferramenta de *compliance* pode se mostrar estratégia eficaz para a valorização de quem trabalha no ramo da moda. O mercado *fashion* vai muito além da oferta e compra de peças de roupas. Tratar de moda é também tratar de expressão cultural, de ferramenta de comunicação, de liberdade de expressão, de economia, de geração de empregos, de incentivo à criatividade e muito mais.

Para todos esses itens citados há uma relação com algum ramo do Direito, isso porque a vida em sociedade clama pela regulação e proteção dos direitos que envolvem as pessoas inseridas nesse nicho. E é nesse novo contexto de ativismo e engajamento das novas gerações que o termo *compliance* ganha evidência. Tal expressão pode ser interpretada como “conjunto de regras, padrões e procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude de seus funcionários”¹⁴.

Dessa forma, aquelas empresas que necessitam da aprovação de seu público para manterem-se em boa posição no mercado começaram a utilizar da ferramenta de *compliance* como forma de combate à corrupção e demonstração de confiabilidade. São esses os termos exatos de quem trabalha na indústria da moda, daí porque tamanha a relevância da ferramenta nesse universo.

Através do *compliance*, é possível assegurar as relações, pautando seus exatos termos, desde a assinatura de contratos, até a gestão de pessoas, tudo com base em leis, normas reguladoras e regimentos internos. Além disso, é meio de redução de conflitos, o que

¹⁴ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria B. M. de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360°**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 30.

contribui para a reputação da empresa e impulsiona aquelas que almejam o mercado internacional.

A compliance apresenta-se como uma faceta preventiva na formação de conflitos, pois a dotação de comportamentos adequados evita o desvio, bem como na faceta repressiva, que apoios instaurados a demanda atua diretamente na redução da complexidade.¹⁵

Da mesma forma, “o compliance possibilita o combate à corrupção, reduz o número de ações judiciais e processos administrativos, assim como os riscos de perdas financeiras decorrentes dos danos à imagem ou reputação da empresa”¹⁶.

Considerando o aumento das terceirizações na indústria da moda, a aplicação do *compliance* pode colaborar com a erradicação de trabalho análogo ao escravo. Atuando como verdadeiro instrumento de prevenção de abusos de direito, o *compliance*, além de proteger a organização em si, estende a proteção à sociedade como um todo. Se considerarmos o respeito às leis como um dos pilares centrais do Estado Democrático de Direito, a falta de integridade constitui-se fator de perda de confiança nas organizações, o que afeta a economia não só local, mas mundial.

Para fomentar a conduta ética, já existem normas incentivadoras da ferramenta de *compliance*, como a Lei 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, que assim dispõe, em seu Art. 7º:

Caput - Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.¹⁷

Assim, de acordo com o texto legal, a postura idônea e transparente, que deveria ser um comportamento orgânico das empresas e seus representantes, constitui imposição para a celebração de acordo de leniência com a administração pública. A adoção de programa de

¹⁵ TONIAL, Maira Angelica Dal Conte; VICENTE, Jacson Bacin. **Compliance**: enfrentamento das patologias corruptivas e responsabilização das empresas pela cadeia produtiva no mundo da moda. 2019, p. 4.

¹⁶ COLOMBO, Caroline Pennachi; SCHWARTZ, Gustavo. Lei anticorrupção reafirma a importância do *compliance* para a qualidade da imagem de uma empresa. (Artigo). Publicado em: set. 2015. p. 2.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 12846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02.08.2013.

compliance pode trazer benefícios como: redução ou remissão de multas, isenção de sanções e mais.

Desenvolver um código de conduta com definições claras de atuação legal e ética impõe à equipe empresarial um comportamento honesto e transparente, fazendo com que todos, desde o alto escalão até o empregado terceirizado, estejam submetidos a ele, sem exceção.

Implementar o *compliance* traz diversos benefícios para as empresas adotantes. Isso porque uma política efetiva de prevenção contra práticas ilícitas reforça a imagem e a reputação da empresa/marca e, conseqüentemente, aumenta a atratividade dos negócios.

Na indústria da moda, a importância de utilização da ferramenta de *compliance* não é diferente. Inúmeros são os contratos que regem tal universo, assim como é significativa a quantidade de colaboradores envolvidos no processo, desde a criação até a comercialização do produto. Regras de locações, questões societárias, licenciamentos, concorrência de mercado, tributações, uso de imagem, de direitos autorais, importação e exportação, segurança e garantia dos produtos, marketing e comércio digital, adequação às normas de proteção ambiental - tudo isso faz parte desse mercado e requer regulação legal, o que demonstra a necessidade do *compliance*, como forma de prevenção de conflitos e maneira mais eficaz de gestão.

O *compliance* também pode ser entendido como uma ferramenta jurídica, a partir do momento em que assume o papel de mitigar qualquer violação que possa ocorrer nas relações interpessoais que envolvem a indústria da moda. Evitar litígios entre os parceiros comerciais, na visão de Arrosi, “além de impulsionar o mercado, incentiva o trabalho criativo e a lucratividade para todos os envolvidos, desde o pequeno artesão até a grande companhia de moda”¹⁸.

Em suma, a aplicação do programa de *compliance* conferindo integridade à empresa/marca é capaz de apurar e coibir qualquer prática abusiva que viole as diretrizes de ética, não só no ambiente interno, como na obediência da lei.

¹⁸ ARROSI, Leticia Soster. **Contratos na fashion law**: entre a propriedade intelectual e a economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 45.

3 COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE BRANDING

A marca constitui-se na imagem, no conjunto de experiências do consumidor, organizando suas relações com o mercado. Kapferer¹⁹ afirma que a marca não é apenas um símbolo, mas o conjunto de significados nos quais o consumidor pensa quando vê esse símbolo, associado às características tangíveis do produto e às satisfações imateriais, psicológicas ou sociais.

A marca, então, assemelha-se a um sinal, que leva o consumidor a identificar algum simbolismo, além da sua aparência, sobrepondo aos produtos outra marca ideal, afetiva e conceitual. Essa marca, segundo Perassi²⁰, é o resultado do conjunto de percepções do consumidor, que é decorrente do seu convívio com as estratégias de divulgação da marca.

A marca caracteriza-se por uma cocriação: a empresa determina as informações a serem transmitidas e o consumidor faz uma interpretação de acordo com suas vivências anteriores. Cabe salientar que tais interpretações não podem ser controladas, uma vez que cada indivíduo se conecta com as informações da marca de acordo com suas próprias experiências de vida. Ao contrário disso, as informações transmitidas pela marca são responsabilidade da empresa, têm caráter intencional, cujo objetivo é a compreensão do seu significado por parte do cliente. Segundo Ries, “posicionamento é o que você faz com a mente de seu potencial cliente; ou seja, você posiciona o produto do potencial consumidor”²¹.

Nesse cenário, fica evidente a importância do reconhecimento do novo papel do consumidor, que passa a ser ativo e informado. A interação passa a ser uma base de criação de valor. Sendo assim, a empresa deve permitir que o consumidor construa e personalize suas experiências, beneficiando-se da troca e de novas ideias para a marca, os produtos e a empresa.

Para Martins, *branding* é

o conjunto de ações ligadas à administração das marcas. São ações que, tomadas com conhecimento e competência, levam as marcas além da sua natureza econômica, passando a fazer parte da cultura e influenciar a vida das pessoas.²²

¹⁹ KAPFERER apud GOMEZ, Luiz; OLHATS, Magali; PÓLO, Cláudia. **Fashion Branding: uma relação emocional com o consumidor.** 2011.

²⁰ PERASSI apud GOMEZ et al, op. cit., p. 6.

²¹ RIES apud GOMEZ et al, op. cit., p. 9.

²² MARTINS, José R. **Branding: um manual para você criar, gerenciar e avaliar marcas.** São Paulo: Negócio Editora, 2006, p. 226.

Fica evidente, dessa forma, que as ações de *branding* envolvem diversas áreas, como o marketing, publicidade e *design*²³. O *branding* está conectado a todo o processo de construção da identidade de um produto ou empresa. Assim, é previsível que um bom trabalho de marca possa construir um conceito comercial afetivo com seu consumidor.

Quando a moda é definida como forma de expressão, fica evidente não só a questão da variedade de produtos que se encaixam nesse sistema, mas também a valorização do sentido semântico contido nessas relações de consumo.²⁴

Gomez et al²⁵ asseveram que frente à assustadora oferta de opções disponíveis no mercado de um mesmo produto, as empresas de moda devem abandonar a visão tradicional de consolidar a marca através da mera sistematização de uma linguagem visual e se preocupar em criar discursos, posturas e elementos naturais de trabalho que levem o consumidor a acreditar que o dinheiro investido naquele produto ou serviço realmente vale a pena.

De todo o exposto, fica evidente a relação do *branding* com o instituto do *compliance*. Se o *branding* é forma de gestão de marca, é meio de conexão com a sua audiência, que busca agregar valor simbólico. Conclui-se que, assim como o *compliance*, o *branding* auxilia a reforçar a reputação da empresa que está ligada àquela marca.

Moro²⁶ afirma que a reputação é traduzida pela confiança oriunda de uma boa experiência na interação com a empresa. No caso de ser um consumidor, ele adquire o produto da marca em que confia, pelo fato de não estar disposto a correr o risco. Uma boa reputação faz com que qualquer produto atrelado à marca seja confiável.

Assim, pode-se dizer que a criação de marca é ato bilateral: diz respeito à forma de posicionamento da marca para o mundo e, de outra banda, como será a leitura de mundo dessa marca.

Tendo em vista que as empresas estão buscando consolidação e valorização no mercado através da transparência e da ética, nada mais efetivo do que se utilizar da implantação do *compliance*, para potencializar a ferramenta de *branding*.

²³ Desenho ou projeto. É a idealização, criação, desenvolvimento, configuração, concepção e elaboração de produtos que demandam padronização de seus componentes e desenho normalizado.

²⁴ GOMEZ, Luiz; OLHATS, Magali; PÓLO, Cláudia. **Fashion Branding: uma relação emocional com o consumidor**. 2011.

²⁵ Ibidem.

²⁶ MORO apud ARROSI, Leticia Soster. **Contratos na fashion law: entre a propriedade intelectual e a economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Sabe-se que atualmente faz parte de estratégia de *branding* mostrar a desconstrução das marcas, revelar e assumir erros e desmistificar qualquer ideia de perfeição. Mesmo que, para isso, determinadas marcas, como forma de enfrentar os novos tempos e demandas, tenham que se reposicionar, seja para mudança de percepção de seu *branding*, seja para adequarem-se aos programas de *compliance*.

A gestão da marca (*branding*) deve caminhar para proporcionar o contato com seu público-alvo através de um ponto de experiência, já que as marcas, por todo o estudo, certamente irão se fortalecer pelas conexões.

Carvalho²⁷ pontua que a preferência no mercado será por quem tiver a melhor percepção de valor. Isso é *branding* e também *compliance*. As marcas devem trabalhar de forma colaborativa, pois as relações estão se tornando cada vez mais horizontais e a ética e a transparência cada vez mais vão ser vistas como maneira de agregar valor. Ademais, uma postura desleal pode prejudicar negócios futuros, o que se torna improvável diante de um efetivo programa de *compliance* e sólida construção de *branding*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inegável crescimento do setor da moda por si só evidencia sua importância, já que reflete em diversos setores da sociedade. Dessa forma, o Direito e, mais especificamente o segmento do *Fashion Law*, deve ocupar-se em desenvolver sua atuação em tal engrenagem significativa da economia.

A visão de que a moda pode ser fútil ou banal resultou no amadorismo do sistema em alguns aspectos, o que, por sua vez, abre espaço para atuação do operador do Direito na intenção de otimizar tal setor.

O sistema da moda vai precisar mudar e já existe um movimento inicial nesse sentido, para que a teoria de que a moda seja utilizada como ferramenta de expressão e autoconhecimento não seja tomada pelo consumo desenfreado, sem consciência ou contribuição para o desenvolvimento pessoal.

²⁷ CARVALHAL, André. **Viva o fim**: almanaque de um novo mundo. - ed. 1 - São Paulo: Paralela, 2018.

A moda deve ser forma de integração e não de exclusão e diferença com a criação de padrões intangíveis. Por essa razão os questionamentos envolvendo esse universo são tão válidos.

Nesse sentido, demonstra-se a necessidade de se utilizar das ferramentas de gestão de *branding* e *compliance* e a igual necessidade de tais ferramentas estarem dentro dos padrões legais e alinhadas com o melhor do Direito.

Pelo estudo realizado, pode-se concluir que, frente às mudanças na percepção do conceito de moda e conseqüente crescimento do mercado, torna-se indubitável a necessidade de adequação das empresas no que diz respeito ao posicionamento de suas marcas à construção de seu *branding* e à adequação aos programas de *compliance*, não só como forma de regulação, mas principalmente como adequação a uma sociedade mais consciente e ética.

Da mesma forma, é possível inferir a urgente necessidade de atualização das áreas de atualização do Direito, considerando que é uma ciência que controla e regula as relações dos indivíduos em uma sociedade em constante mutação.

REFERÊNCIAS

ARROSI, Leticia Soster. **Contratos na fashion law: entre a propriedade intelectual e a economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. *Lei n. 12846*, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02.08.2013.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria B. M. de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARVALHAL, André. **Viva o fim: almanaque de um novo mundo**. - ed. 1 - São Paulo: Paralela, 2018.

CARVALHAL, André. **Moda com propósito: manifesto pela grande virada**. - ed. 1 - São Paulo: Paralela, 2016.

CIDREIRA, Renata Pitombo. **Os sentidos da moda: vestuário, comunicação e cultura**. São Paulo: Annablume, 2005.

COLOMBO, Caroline Pennachi; SCHWARTZ, Gustavo. **Lei anticorrupção reafirma a importância do *compliance* para a qualidade da imagem de uma empresa.** (Artigo). Publicado em: set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42719/lei-anticorrupcao-reafirma-importancia-do-compliance-para-a-qualidade-da-imagem-de-uma-empresa>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

CONFEDERAÇÃO Nacional da Indústria/ Associação Brasileira da Indústria Têxtil. De Confecção. **O setor têxtil e de confecção e os desafios de sustentabilidade.** Brasília: CNI, 2007. Disponível em <http://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/bb/6f/bb6fdd8d-8201-41ca-981d-deef4f58461f/abit.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2020.

GOMEZ, Luiz; OLHATS, Magali; PÓLO, Cláudia. **Fashion Branding:** uma relação emocional com o consumidor. 2011. Artigo disponível em : <<http://www.revistas.udesc.br/index.php/modapalavra/article/view/7820/5385>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

MARTINS, José R. **Branding:** um manual para você criar, gerenciar e avaliar marcas. São Paulo: Negócio Editora, 2006.

POLLINI, Denise. **Breve história da moda.** São Paulo: Editora Claridade, 2007 (Coleção Saber Tudo).

TONIAL, Maira Angelica Dal Conte; VICENTE, Jacson Bacin. **Compliance:** enfrentamento das patologias corruptivas e responsabilização das empresas pela cadeia produtiva no mundo da moda. 2019. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19639/1192612353>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

**MEDIAÇÃO PENAL–FERRAMENTA PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL.
INSTRUMENTO DE QUALIFICAÇÃO DA CONVIVÊNCIA E
ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA**

Nelnie Viale Lorenzoni¹

RESUMO: O presente artigo apresenta reflexões acerca da necessidade de os operadores do Direito alterarem sua lógica argumentativa através da transformação do pensamento enquanto instância de subjetividade e espaço de sustentação da própria existência. Propõe alguns conceitos e definições a partir dos quais é possível estabelecer nova plataforma de construção mental e considerar novas tecnologias e métodos de enfrentamento da violência, dos conflitos e crimes. Estabelece relação entre a mediação penal e a justiça restaurativa considerando a possibilidade da implementação de métodos mais cooperativos no enfrentamento da violência.

Palavras-chave: CNV, Violência, Mediação, Mediador, Restaurativa.

INTRODUÇÃO

Estabelecer relações entre áreas do conhecimento humano ou entre produções humanas torna-se um exercício complexo e audacioso quando iniciamos a tarefa de entender o pensamento e o saber alheios. Na perspectiva de espaços contemporâneos de reflexão, o trabalho ainda se caracteriza por maior dificuldade em se tratando da consolidação de conceitos e teorias fundantes. Acreditamos que seja sempre necessário identificar o lugar de onde falamos e pensamos para podermos estabelecer as conexões de forma mais objetiva e clara, no sentido de contextualizar quem somos, o quê refletimos e porque, ou em que patamares. Sendo assim, abordaremos o tema sob o enfoque psicopedagógico e das plataformas privilegiadas da Educação e operação do Direito.

Desde o início dos tempos, que podemos resgatar pela pesquisa histórica, a raça humana vive em conflitos, adota estratégias violentas e, também em nome de deuses, comete crimes e barbáries. Sob o enfoque da psicopedagogia, talvez o erro seja um dos mais importantes momentos do processo ensino-aprendizagem, pois nos oferece o espaço de identificação das necessidades não atendidas para que o esperado possa vir a ser, bem como

¹Advogada.OAB/RS 22379 e Psicopedagoga. Professora convidada em Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Mediadora, Instrutora e Supervisora em Mediação. Mestre em Mediação e Negociação pelo IUKB\Buenos Aires. Integrante do NEM/AJURIS. Membro das Comissões Permanentes da Mulher Advogada e Direitos Humanos da OAB/RS. nelnielorenzoni@hotmail.com

das demandas específicas do aprendente. Agimos de acordo com nossas ferramentas e estratégias elencadas como oportunas e eficientes, errar é apenas um momento da ação, do processo, e é quando erramos que necessitamos da atenção, solidariedade e compreensão do outro.

Vivemos um momento acadêmico muito profícuo e esperançoso, na perspectiva da ressignificação e aplicação de conceitos através das normas e da revisão e releitura das leis. A justiça restaurativa, enquanto plataforma de reflexão e construção de mecanismos de entendimento dos comportamentos anti-sociais está a oferecer uma possibilidade real de construção da paz social.

O texto que oferecemos não pretende se apresentar como elaboração de especialistas, mas como espaço de reflexão e ambiência de construção de conhecimento. Abordaremos alguns conceitos como o da violência, comunicação não-violenta, mediação e justiça restaurativa na perspectiva de alguns teóricos, bem como apresentaremos nosso entendimento acerca de algumas peculiaridades da mediação penal e perfil do mediador, além de nossa angústia, própria de quem investiga e estuda o novo.

Esperamos a compreensão de cada um dos leitores que confiarem na possibilidade de interagir com tais construções e desejamos que as hipóteses apresentadas possam servir de base desafiadora a uma nova fase da construção coletiva dos saberes.

PANORAMA ATUAL E POSSIBILIDADES

Violência e CNV

Do século XIII ao século XXI, a violência física e a brutalidade das relações humanas seguem uma trajetória declinante em toda Europa Ocidental. Testemunha disso é a curva de homicídios constantes dos arquivos judiciais. No mais alto nível observado, há setecentos anos, sucede uma primeira redução, de cerca de metade, por volta de 1600-1650, seguida de uma queda espetacular: o número de casos é dividido por 10, em três séculos, até os anos 1960, enquanto as décadas seguintes conhecem uma relativa, mas nítida ascensão. ... A construção do sentido histórico não depende de uma ciência guiada por leis infalíveis, mas de “bricolagem” artesanal de conceitos, de técnicas, às vezes, importadas e de informações trabalhosamente coletadas.²

²MUCHEMBLED, 2012, p. 01-02.

A partir do trabalho de quase quarenta anos com Educação, Direito e Justiça pensamos a respeito da idéia da violência como sendo um complexo fenômeno biopsicossocial observável a partir do comportamento e também da atitude do ser humano.

Consideramos, em última análise, a violência como uma estratégia, instrumento para alcançar objetivos. Nesta esteira, nos sustentamos no conceito de Marshall Rosenberg quando diz que a violência “é a manifestação trágica de necessidades não atendidas”³.

Quando exercitamos nossa observação com relação ao cotidiano torna-se possível perceber a verdade da ideia de Marshall. Quando somos amados, felizes enos percebemos satisfeitos, não somos violentos. Independente de nossa condição social, econômica e cultural, estar com nossas necessidades atendidas garante uma sensação de bem estar, de pertencimento e de segurança. Podemos então ser pacíficos, que é nossa essência!

Muchembled, também nos oferece suas reflexões sobre violência :

Tendo surgido no início do século XIII em francês, a palavra “violência”, que deriva do latim VIS , designando a “força” ou o “vigor”, caracteriza um ser humano com um caráter colérico e brutal. Ela define, também, uma relação de força visando a submeter ou a constranger outrem. Nos séculos seguintes, a civilização ocidental lhe conferiu um lugar fundamental, seja para denunciar profundamente seus excessos e chamá-la de ilegítima, lembrando que a lei divina proíbe matar outro homem, seja para lhe dar um papel positivo, eminente, e caracterizá-la como legítima, para validar a ação do cavaleiro, que derrama o sangue para defender a viúva e o órfão, ou tornar lícitas guerras justas mantidas pelos reis cristãos contra os infiéis, os provocadores de tumultos e os inimigos do príncipe.⁴

Ainda que de contextos diferentes, Rosenberg e Muchembled por momentos se aproximam, se pudermos perceber as ideias de estratégia e manifestação como produtos da força e do vigor do ser humano!

Convivemos diariamente com as manifestações de violência produzidas pelas pessoas nas diversas instâncias de relacionamentos em que se dão as relações sociais: em casa, no trabalho, no lazer e também em níveis institucionais. Nossa precária maneira de nos comunicarmos acaba por caracterizar relações violentas mesmo quando acreditamos que nossa conduta é pacífica.

A Comunicação Não-Violenta (CNV), sistematizada por Marshall Rosenberg nos apresenta os quatro componentes desta nova linguagem que são a observação, o sentimento,

³Cf. ROSENBERG, 2006 , p. 208

⁴MUCHEMBLED, 2012, p.07

a necessidade e o pedido. Quando iniciamos a praticar a observação isenta de avaliação, o que é extremamente difícil, percebemos o quanto vivíamos em um ambiente inóspito e beligerante. Viver a vida a partir da observação pura dos fatos é comportamento que só se incorpora com muito trabalho e dedicação, pois nossa subjetividade se constitui no sociocultural que nos acostumou desde muito cedo a julgar tudo e todos. O passo seguinte, o da identificação do sentimento provocado pelo fato observado, talvez seja ainda mais difícil, pois pouco sabemos sobre nossas emoções. Também em nossa criação ocidental não há (ou não havia, esperamos nós) espaço para o autoconhecimento e o reconhecimento dos sentimentos que convivem em nós em função de nossos desejos, faltas, relacionamentos e convivências. Relacionar este sentimento, surgido a partir do fato observado, com a necessidade subjacente não atendida é, provavelmente, o momento da possibilidade do autorreconhecimento de nossa humanidade e também uma tarefa extremamente delicada e mobilizadora, pois nos remete sempre ao contexto estruturante do sujeito que somos (ou pensamos ser). Pedir ao outro, de forma gentil e respeitosa o que precisamos no lugar de agirmos violentamente ou de impormos nossa vontade, é um passo gigantesco, emblemático, comparável com as grandes conquistas da humanidade.

Precisamos deste novo modelo de linguagem para estruturar um novo modelo de justiça que seja restaurativa e que possibilite espaços de diálogo e responsabilização entre as pessoas. A sociedade precisa reconhecer a necessidade coletiva de pacificação das relações para identificar o espaço de viabilidade de um novo idioma, a CNV, para que as relações sejam qualificadas e os conflitos minimizados.

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Ao trabalhar o tema da justiça restaurativa com professores da rede pública do Estado do Rio Grande do Sul, entre 2005 e 2017, consolidamos algumas reflexões acerca de seus elementos, valores e em função de sua aplicabilidade também no cotidiano escolar.

A Justiça Restaurativa, de acordo com Tony Marshall, é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar, coletivamente, como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro. A noção apresentada por Paul McCold e Ted Wachtel é muito próxima, dizendo que a Justiça Restaurativa —é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de —partes interessadas principais, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão. Grupo de especialistas formado pela ONU com a

finalidade de elaborar subsídios sobre o tema formulou o seguinte conceito: Justiça Restaurativa é um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações⁵.

A justiça restaurativa, quando propõe o encontro entre autor e vítima do ato violento, cria espaço transformador de reconhecimento de humanidades, bem como proporciona a abordagem de corresponsabilidade entre os envolvidos no conflito. Quando tais sujeitos se disponibilizam a se encontrar para dialogar, instaura-se uma nova relação de civilidade, posto que enquanto isto não ocorre, a vida margeia a barbárie.

A justiça restaurativa, mesmo após um pouco mais de vinte anos de experiências e debates, não possui um conceito definido. O mais correto, frente a sua grande diversidade de orientações, práticas e fins, é considerá-la como um “modelo eclodido”. As mesmas dificuldades e complexidade observadas na definição da justiça restaurativa também atingem os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização, dentre outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo.⁶

KayPranis nos ensina que contar histórias nos aproxima e, sendo assim vamos permitir um depoimento pessoal. “Desde que iniciei os estudos em justiça restaurativa, e lá se vão 17 anos, penso nela como um novo paradigma, uma plataforma, uma abordagem de trabalho metodológico e sistematizado com objetivo claro de resgatar a essência do humano na pessoa, enquanto reflexo de alteridade. Em seis de junho do ano de 2017 tive a grata satisfação de escutar de Ivo Aertsen, psicólogo belga e expert em justiça restaurativa, docente no Curso de Capacitação Penal e Penitenciária na AJURIS, que a justiça restaurativa é “um grande guarda chuva sendo a mediação penal uma de suas varetas”. Metáfora de minha preferência que uso desde o início de minhas reflexões.”

A possibilidade de partilhar conhecimento consolidou a ideia que construímos a respeito desta “nova” justiça que se estabelece na contemporaneidade, ainda que fundamentada em rituais tribais e na ancestralidade. Quando olhamos para as pessoas, elas nos olham, e isto cria o espaço do verdadeiro encontro e, quando suspendemos nossos pressupostos para considerar a verdade alheia, como nos ensina David Bhom⁷, abrimos espaço para reconhecer o *Outro* e, assim, inaugurarmos a possibilidade de “ser”.

⁵LORENZONI, 2010, p.23.

⁶PALLAMOLLA, 2009, p.53

⁷Cf. BHOM, 2005

VALORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Ao pensar e considerar os valores nos quais se fundamenta a justiça restaurativa percebemos que já os conhecemos e que tentamos vivenciá-los. Em publicação organizada em 2015, refletimos sobre isto⁸.

O valor da participação nos possibilita reconhecer que as pessoas diretamente envolvidas em um conflito são as responsáveis pela tomada de decisões, no lugar dos profissionais treinados que representam os interesses do Estado. Todos os seres humanos têm valor igual e inerente, independente de etnia, cultura, gênero, orientação sexual, idade ou status social e isto, materializa o valor do respeito. A justiça restaurativa reconhece a vulnerabilidade e a falibilidade de todos os seres humanos, a humildade como valor indispensável para reconhecer a condição humana e permitir a empatia, cuidados recíprocos e relacionamentos saudáveis.

A cada movimento individual mudamos o destino da humanidade, a cada folha que tomba, o centro de gravidade do planeta se altera e, com isto, toda a mecânica gravitacional do cosmos se modifica; do mesmo modo que todas as nossas palavras, ações, gestos e emoções que despertamos no outro fazem parte do processo civilizatório coletivo. O reconhecimento da existência de laços que unem todos nós, também quando estamos em lugar de vítimas e ofensores, estabelece o valor da interconexão que nos permite entender que todos estamos conectados e que, o que um pensa e faz alcança a todos no planeta.

Somos, e devemos ser, responsáveis pelo que pensamos, dizemos e fazemos. A fala honesta é necessária para que possamos fazer justiça. A premissa de “quem fala a verdade não merece castigo” é orientadora e produz o espaço da possibilidade do estabelecimento da responsabilização. Quando alguém produz dano a outrem, há uma obrigação moral de aceitar a responsabilidade através da reparação e da expressão de arrependimento.

Todo ser humano necessita de um grau de autodeterminação e autonomia para viver com independência, e o crime rouba este poder das vítimas⁹. Enquanto somos vítimas não somos felizes.

⁸Cf. LORENZONI, 2010

⁹Cf. SICA, 2007

A justiça restaurativa devolve o poder às pessoas possibilitando o empoderamento, o protagonismo. Não importa quão violento tenha sido o crime, sempre existe a possibilidade de a comunidade responder de maneira a se solidarizar com quem está sofrendo e este comportamento promove mudança e cura social. A isto podemos denominar esperança, fundamentada e reconhecida como um dos valores universais que estruturam nossa convivência e qualificam as práticas institucionais que pretendemos consolidar.

MEDIAÇÃO

A partir do estudo e da experimentação, construímos a ideia de mediação como prática através da qual pessoas envolvidas em um conflito, por ato da própria vontade e com apoio de um terceiro pluriparcial, dialogam de forma não violenta com o objetivo de entendimento, responsabilização individual e coletiva e construção da decisão e do acordo para solução da situação.

Quando hablamos de mediación estamos pensando en un sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes, asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a su acuerdo. Ello implica que a lo largo de este proceso, generalmente breve, pueden tal vez reanudar su diálogo, intercambiar sus puntos de vista, adoptar decisiones y de ser posible, alcanzar un acuerdo.¹⁰

É possível pensar na mediação também como uma técnica de resolução de conflitos, bem como uma disciplina focada no estudo da pacificação social. Talvez seja produtivo não fechar o conceito. Admitir várias possibilidades de pensamento e diversidade de ideias qualifica a discussão e a sistematização. O Brasil vive momentos iniciais da implementação de política sobre os métodos autocompositivos para solução de conflitos desde a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e, sabemos todos o quão delicado é implantar políticas públicas em um país de dimensões continentais.

Existem diferentes noções e fundamentações teóricas a respeito da mediação que estão à disposição do cotidiano das práticas restaurativas autocompositivas e que, por suas reverberações acabarão por desenhar o modelo brasileiro.

¹⁰Cf. CARAM, 2000

MEDIAÇÃO PENAL

Muitas vezes, ao tentar conceituar ou definir algo corremos o risco de impor limitações e deficiências que provocam dúvidas e criam celeumas. Para fins de contexto da nossa reflexão apresento a idéia a seguir:

De acuerdo a lo establecido em la Recomendación R (99) de 15 de septiembre Del 2004, Del Comité Del Consejo de Europa, La Mediación Penal es un proceso mediante el cual víctima e infractor adultos, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente em la resolución de um conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial: el mediador.¹¹

Convictos da necessidade de identificar objetivamente sobre o que se fala, estamos propensos a adotar a ideia de mediação penal a partir do modelo de mediação vítima – ofensor, ”Considerado como o arquétipo original do ressurgimento da justiça restaurativa, terá início com um convite do mediador aos envolvidos no conflito (vítima e ofensor), com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito.”¹²

RELAÇÃO ENTRE MEDIAÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA

De acordo com Leonardo Sica, a justiça restaurativa reúne uma série de práticas, dentre as quais a mediação e por ser um modelo em construção e constante mutação não há como limitá-la a esta ou aquela medida. Também fica evidente que a mediação penal pode ser aplicada em diversos âmbitos. Sendo assim a relação entre os dois conceitos deve ser estabelecida a partir de premissas teóricas. A justiça restaurativa entendida como uma nova abordagem\modelo calcada em princípios e valores que podem ser efetivados por meio de práticas como a mediação penal. Então, qual a relação entre mediação e justiça restaurativa?

David Miers confirma que “O conceito de justiça restaurativa é mais restrito do que o conceito de mediação, uma vez que se confina à área criminal”, mas por outro lado, é mais amplo...” pelo facto de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infractor que nada têm a ver com mediação, como sejam a indenização determinada pelo tribunal ou a prestação de trabalho tendente à reparação, quer como medida de diversão, quer como parte de um acordo integrado na sentença .¹³

¹¹ Cf. DEL VAL, 2015, p07

¹² Cf. ACHUTTI, 2014, p. 78.

¹³ SICA, 2007, p.52.

Ainda na opinião de Sica, outra razão que sustenta a relação estreita entre mediação e justiça restaurativa é o fato de que existem medidas restaurativas que podem cumular com as medidas punitivas.

Reforçando a prevalência de mediação penal como pilar de sustentação do novo paradigma, vejamos a conclusão de Scardacione, Baldry e Scali (1998, p.22):... a mediação representa a modalidade de aplicação da justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo penal pelas partes, enquanto outras formas de justiça restaurativa permanecem fundadas na função de autoridade do Estado.¹⁴

Pensamos na mediação, instrumento de pacificação, como uma das aplicações da justiça restaurativa que como metodologia sistematizada possibilita o encaminhamento dos conflitos, sejam civis, de família ou criminais com a participação ativa dos envolvidos. O crime, em última análise, sempre será um conflito entre pessoas, do qual resultam danos prejuízo e ou seqüelas à vítima e à comunidade.

PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA MEDIAÇÃO PENAL

A resposta a um crime deve ser tão reparadora quanto possível e o ofensor deve saber que sua conduta não é aceitável e que tem repercussão na vida da vítima e da comunidade, tanto quanto deve aceitar as responsabilidades sobre seus atos. A vítima tem oportunidade de expressar suas necessidades e participar do processo de escolha do modo de reparar seu prejuízo, o ofensor de participar pessoalmente na reparação de danos e crescer como ser humano e a comunidade tem a responsabilidade de contribuir no processo. Na prática tudo dependerá da qualidade da preparação para a mediação.

A voluntariedade é fundamental pois é o que caracteriza o aspecto preventivo da mediação como reação penal, pois a participação livre expressa um sentido de confiança no ordenamento, além de democratizar respeitosamente o procedimento.

A confidencialidade é o que garante a possibilidade de se criar um espaço de respeito e de honestidade entre as partes, bem como a possibilidade de prosseguimento quando não há êxito na mediação quanto a acordos de reparação dos danos, pois nem sempre eles acontecem.

¹⁴SICA, 2007, p.73,74

A informalidade do procedimento se materializa na perspectiva comparativa ao processo penal, garantindo o espaço de autonomia do mediador com relação aos passos e roteiro. Sob a perspectiva das partes envolvidas fica evidente a possibilidade informal do protagonismo viabilizando soluções sob medida e mais acessíveis a cada caso concreto, diversamente dos “misteriosos” trâmites processuais.

A imparcialidade tem a ver com a postura do mediador em relação às pessoas envolvidas no conflito. Na escuta ativa, deve o facilitador oferecer empatia com neutralidade relativa ao delito.

O envolvimento comunitário garante a validação do procedimento bem como a sua sustentação após o entendimento no cumprimento do acordo entre os envolvidos.

A responsabilidade pela garantia dos princípios e pressupostos acima e de sua visibilidade está nas mãos dos mediadores, no exercício de sua tarefa de facilitador imparcial. Sabemos o grau de dificuldade desta árdua atividade, mas estamos convictos de que a permanente auto-supervisão e formação em serviço com a discussão e análise de casos, em equipes, pode permitir espaço seguro de ensino e aprendizagem colaborativa.

OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO PENAL

Porque pensar em mediação penal e para que intentar modelos de mediação penal à disposição das comunidades? Nossa insatisfação com a evolução do Direito Penal e o consequente modelo processual justifica a abertura do espaço de estudo, reflexão e diálogo sobre tão delicado tema.

Quando pensamos sobre mediação penal estamos refletindo sobre a vida de pessoas, sobre a nossa vida, provocando o compromisso ativo das partes no enfrentamento resolutivo de seu conflito. As pessoas envolvidas saem da posição de espectadoras do procedimento judiciário, para assumir uma postura ativa e determinante sobre o problema. O processo penal, muitas vezes, vai se distanciando do que realmente aconteceu e substitui o protagonismo das partes pelo protagonismo e tutela do Estado, através da representação dos advogados. A vítima tem um papel absolutamente passivo que, geralmente, a deixa insatisfeita com relação aos procedimentos e resultados processuais.

Promover o contato e o diálogo entre as partes tende a desmistificar verdades absolutas consolidadas quanto aos papéis de vítima e ofensor. Há que se cuidar para que esta aproximação não reedite a revitimização. A possibilidade do encontro garante a aproximação

das humanidades criando o espaço de possível compreensão, muito embora haja a sensação de que são muito diversas as razões para que as vítimas aceitem ou não o encontro com seus ofensores.

Acolher a percepção do outro e ouvir as explicações sobre os fatos permite que cada parte compreenda melhor os efeitos da situação vivida que envolve ambos. A mediação pode configurar o cenário ideal para isto. Somos seres históricos e contar nossas histórias nos humaniza e aproxima.

Na mediação podemos buscar soluções compartilhadas e conjuntas mais do que atribuir culpas. O foco é como aliviar as consequências dos fatos. A ideia de reparação é uma noção importante dentro do esquema de soluções previsíveis. Lembrando que o sentido simbólico das ações pode ser mais importante do que o ponto de vista patrimonial.

Na mediação, seja ela cível, familiar ou penal – da qual falamos agora – as partes podem tomar genuína consciência das consequências dos episódios vividos, o que vale para todos os envolvidos. Para o demandante, compreender as razões de quem atuou e para o demandado quem sabe, espaço para o arrependimento e a genuína responsabilização no sentido social de sua ação.

Em última análise, a meta pode ser alcançar uma solução mais completa. O que permite às partes a possibilidade de viver melhor no futuro. Para a vítima por que talvez encontre as explicações para o até então inexplicável e possíveis reparações para seus danos, e para o ofensor porque tem a oportunidade de, se responsabilizando verdadeiramente, reparar e vivenciar um processo que ajude a não repetir o modelo violento.

O MEDIADOR NA MEDIAÇÃO PENAL

Quem é o mediador? Um terceiro imparcial com relação às pessoas envolvidas no conflito e neutro a respeito dele. Mas quem pode ser mediador penal? Quais as habilidades e competências necessárias para alguém se disponibilizar a colaborar com a ressignificação e transformação de um conflito?!

O mediador pode ser entendido como um facilitador e isto é muito comum que, inclusive, sirva como indicativo de sua função primordial, o que de certa forma se espera na prática: que ele facilite o diálogo entre as partes a partir de ferramentas e técnicas específicas.

O mediador não tem poder de decisão e não pode exercer poder sobre as partes envolvidas em uma mediação. Considerando que a mediação é um instrumento de empoderamento das partes e de protagonismo, a presença de alguém com autoridade e/ou poder diretivo comprometeria os princípios da mesma. Um mediador deve trabalhar para gerar confiança que permita diminuir a insegurança e ansiedade das partes. Pode trabalhar sozinho ou em parceria com outro mediador, sem jamais propor a solução do problema e sim reinstalar o diálogo entre as partes, ajudando-as a refletir sobre suas questões e a ressignificar seu conflito, avaliando a realidade e projetando uma saída. Deve, através da escuta empática, proporcionar sensação de acolhida e respeito às verdades de ambos e, mantendo a imparcialidade, iluminar a realidade instalada.

Importante referir que a mediação tem caráter pedagógico quanto à possibilidade de aprendizado de relacionamentos respeitosos e éticos, reforçando que o mediador não deve se colocar no lugar de professor nem de julgador, apenas e sempre de facilitador.

Especificamente na mediação penal o trabalho do mediador é muito complexo na perspectiva de que enfrenta muitas exigências: desenvolver um trabalho sem julgar, sem rotular as pessoas envolvidas, sem permitir a revitimização, sem buscar uma única verdade e sim respeitando a verdade de cada um, sem castigar, tudo isso embasado nos relatos das partes nas palavras usadas para confirmar seu entendimento tentando sempre encontrar pontos de contato, talvez até de afinidades com relação às figuras centrais da mediação – vítima e ofensor – auxiliando-as, a partir das similitudes, a construir algum entendimento aceitável. Quando lidamos com crimes nossa atitude pode ser, inconscientemente, de julgamento e, sendo assim, o mediador deve permanecer sempre atento para evitar a avaliação moralista e julgadora.

Qualquer atividade que se dedique a qualificar ou mediar relações deve ser realizada por pessoas com formação específica, além da supervisão necessária para o mais adequado entendimento das situações que se apresentem. A mediação penal está entre estas atividades e, portanto, necessário que os mediadores penais se capacitem de maneira integral com o viés da humanização dos processos, baseado na teoria sistêmica do conflito. Entender o conflito como um sistema é o que nos ensina Remo Entelman, teórico argentino sistematizador de uma Teoria do Conflito. Em sua abordagem Entelman nos traz a ideia do conflito enquanto corpo vivo com suas características específicas e elementos de repetição, isto é, a estática do conflito que apresenta os atores e seus objetivos, o poder dos atores, os

terceiros no conflito e as coalisões além da dinâmica da interação conflitual que se refere à escalada e desescalada do conflito bem como ao nível de sua intensidade. Sugerimos este texto a todos que pretendem ser mediadores!

O conflito consiste em um enfrentamento ou choque intencional entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam uns aos outros uma intenção hostil, geralmente acerca de um direito e que para manter, afirmar ou restabelecer o direito tratam de romper a resistência do outro, usando eventualmente a violência, a que poderia levar ao aniquilamento físico do outro.¹⁵

Acreditamos que o mediador penal precise da convivência permanente com a arte e todas as suas manifestações, pois são elas que se apresentam como o melhor produto da demanda do desejo, da falta e, conseqüentemente, do mais próximo do humano.

CRIANDO ESPAÇOS DE REFLEXÃO E CAPACITAÇÃO

As necessidades sociais refletem os momentos individuais por que passam e onde se situam as pessoas. Desde 2002, o Núcleo de Estudos em Mediação-NEM/AJURIS congrega os interessados no tema da Mediação. Estudamos, pensamos e refletimos juntos. A essência do desenvolvimento da espécie: solidariedade e colaboração, é assim que nos entendemos!

O espaço de estudo e formação continuada criado pelo NEM/AJURIS garante a qualidade na sustentação das políticas em mediação e possibilita a construção de conhecimento compartilhado de forma transdisciplinar. Em 2017, comemorando os seus 15 anos, muitas são as atividades em execução e produção. Foram criados grupos de trabalho entre os quais o GT de Mediação Penal, que está empenhado na organização de um curso de capacitação em Mediação Penal como parte de um projeto piloto de Mediação Penal no Rio Grande do Sul. A meta, além de implantar a mediação penal como ferramenta de pacificação social, é o de oferecer ambiência de reflexão e de construção acadêmica sobre o tema em questão!

CONCLUSÕES

A mediação penal se apresenta, sem sombra de dúvidas, como uma possibilidade de fazermos diferente do que propõe o processo penal. Ao longo de tantos anos de história humana o devido processo legal já mostrou suas deficiências com relação às relações

¹⁵ENTELMAN, 2005, p.45

interpessoais. A retributividade punitiva que o fundamenta não dá conta de resolver o conflito entre as pessoas, apenas enfrenta o delito diante do aparato legal. Não conseguimos qualificar nossa convivência como necessário com as ferramentas tradicionais disponíveis e, sabidamente enfrentamos uma crise sem precedentes.

Para a palavra “crise” o ideograma chinês apresenta duas significações: o perigo e a oportunidade. Quanto ao perigo, devemos nos cercar de cuidados para não nos perdermos em meio às dificuldades e, com relação à oportunidade precisamos aproveitar para criar novos meios de enfrentamento de nossos conflitos!

Ressignificar as práticas humanas será sempre a tarefa de cada nova geração. A vida, assim como o mundo, está sempre em construção. Estamos sempre em movimento e aprendendo, mesmo quando não queremos aprender, parafraseando Madalena Freire!

Respeitosamente, neste texto, apresentamos algumas ideias mobilizadoras e esperamos que sejam aproveitadas para a construção deste novo paradigma social de enfrentamento de conflitos.

Somos ambivalentes, somos humanos e, citando o pai da Psicanálise,

A convivência humana só se torna possível quando se reúne uma maioria que é mais forte que cada indivíduo e que permanece unida contra cada um deles. Na condição de “direito”, o poder dessa comunidade se opõe então ao poder do indivíduo, condenado como “força bruta”. A substituição do poder do indivíduo pelo poder da comunidade é o passo cultural decisivo. (...) A exigência cultural seguinte, portanto, é a da justiça, isto é, a garantia de que o ordenamento jurídico estabelecido não venha a ser quebrado em favor de um indivíduo.¹⁶

Estabelecer espaço para mediar conflitos criminais parece-nos uma possibilidade real e robusta de transformação do paradigma social de “mocinho X bandido”. Acreditamos realmente que todos somos responsáveis por todos, muito embora seja difícil reconhecer isto quando nos deparamos com a irresponsabilidade do outro, a crueldade do outro, a maldade do outro. Entretanto tudo que é humano é conhecido de todos e precisamos desmistificar o entendimento de que são “monstros” que cometem crimes. Não são, são pessoas como nós!

Os piores crimes são, muitas vezes, cometidos por quem deveria cuidar, lembremos da violência doméstica! Lembremos das palavras de Martin Luther King “O que me preocupa não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons.”

¹⁶FREUD, 2015, p.98

Acreditamos que a mediação penal se apresenta com uma oportuna e eficaz ferramenta no enfrentamento da violência na perspectiva da ressignificação das relações entre as pessoas, notadamente as vítimas e ofensores, num mundo globalizado e carente de rituais e de espaços de diálogo. Assim como percebemos esta metodologia como uma potente estratégia de pacificação social.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 1 ed. São Paulo. Saraiva, 2014

ARAÚJO, Ana Paula e LORENZONI, Nelnie. **Práticas Restaurativas na Escola**. Porto Alegre, Armazém digital, 2015

BOHM, David. **Diálogo comunicação e redes de convivência**. Tradução Humberto Mariotti. São Paulo: Palas Athena, 2005.

CARAM, María Elena “Hacia la Mediación Penal”– **Revista La Ley Suplemento de Resolución de Conflictos-Buenos Aires**, Argentina, marzo, 2000)

DEL VAL, Teresa M. **Mediación em matéria penal**. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2015

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de Conflictos**. Hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre, LPM, 2015

LORENZONI, Nelnie Viale. **Manual Pedagógico de Práticas Restaurativas**. Porto Alegre: CORAG, 2010.

MUCHEMBLED, Robert. **História da Violência**. Do fim da Idade Média aos nossos dias. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. 1 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007

O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO COADJUVANTE NA OBTENÇÃO DA DIGNIDADE DO ANIMAL NÃO HUMANO: O PROJETO DE LEI N.º 2.556/19

*Nicolle Bittencourt Rocha*¹

RESUMO: O presente artigo analisará a atuação do Direito Tributário como mecanismo na busca pela dignidade do animal não humano a partir do Projeto de Lei n.º 2.556/19, que propõe a redução de 25% dos tributos federais para empresas e/ou empresários que atuem, de forma exclusiva, na indústria vegana. Nesse sentido, o Direito Tributário apresenta-se como instrumento útil e necessário também para obtenção gradativa da dignidade animal, possibilitando a criação de benefícios fiscais para empresas do ramo vegano, evidenciando sua conexão com o Direito Animal, baseado na compreensão do artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal, bem como se fundamenta em questões éticas e morais. Assim, apresentar-se-á fundamentos oriundos do Direito Constitucional, Direito Animal e Filosofia Animal, bem como dados relativos ao consumo de produtos “tradicionais” e veganos, no intuito de evidenciar a importância deste projeto de lei que, recentemente, foi arquivado, resultando em total retrocesso no que se refere à busca pela dignidade do animal não humano no âmbito do Direito Tributário.

Palavras-chaves: Constituição Federal. Direito Tributário. Direito Animal. Projeto de Lei n.º 2.556/19. Produtos Veganos.

1. INTRODUÇÃO: A INDÚSTRIA VEGANA

Atualmente, o crescimento da comunidade vegana, sendo esta integrada por aqueles que possuem o propósito de apoiar a abolição da exploração animal e da inferiorização dos animais não humanos,² resultando assim, na ausência de consumo de produtos de origem animal,³ se revelou significativa na sociedade brasileira, evidenciando um verdadeiro fenômeno pela luta dos Direitos Animais.

¹ Mestranda em Direito, Especialista em Direito Tributário, Pós-Graduanda em Direito Imobiliário, Pós-Graduanda em Direito Animal, Membro da Comissão de Defesa Animal da OAB Subseção Canoas/RS, OAB 114.575, nicolle@nicollebittencourtadv.com.br

² É baseado em um princípio ético que reconhece os animais não humanos como seres iguais aos animais humanos, não havendo motivos para negar-lhes direitos fundamentais, como direito à vida e à liberdade. (SOUZA, Robson Fernando de. **Veganismo: as muitas razões para uma vida mais ética**. 2. ed. Recife: Edição do autor, 2018. p. 26).

³ **VEGANO**. In.: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2019. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/vegano>>. Acesso em: 25 nov. 2019;

Nesse sentido, uma recente pesquisa realizada pelo IBOPE demonstrou que 14% dos brasileiros já se consideram vegetarianos.⁴ Ainda, a referida pesquisa constatou que 60% dos entrevistados consumiria produtos veganos se estes possuíssem os mesmos preços dos produtos “tradicionais” que costumam consumir.⁵ Oportuno esclarecer que a indústria “tradicional” trazida à baila refere-se à toda indústria que utiliza insumo animal para sua produção, além de utilizar recursos naturais que causam poluição da água potável e do solo em razão dos excrementos produzidos.⁶ Além disso, a indústria “tradicional” está diretamente ligada ao setor da pecuária, que corresponde à 60% do desmatamento presente na Amazônia,⁷ além de ser a responsável pelo maior índice de libertação de trabalhadores em situação de trabalho análogo ao da escravidão, com aproximadamente 17 mil casos de soltura no ano de 2017.⁸

Assim, após breve esclarecimento acerca da indústria “tradicional”, necessário para a compreensão deste artigo e, ao oposto do que esta representa para o Direito Animal, o deputado federal Célio Studart (PV/CE) apresentou o Projeto de Lei n.º 2.556/2019 na Câmara dos Deputados, onde seu texto normativo propõe a redução de 25% dos tributos federais que incidirem sobre produtos e serviços do ramo vegano, por entender que essas empresas seguem convicções éticas, fundamentadas na igualdade de consideração para com os animais não humanos, abolindo toda e qualquer forma de exploração.⁹

É nessa perspectiva que o presente artigo se apresenta, possuindo como enfoque principal uma análise da viabilidade de redução da carga tributária atribuída aos produtos

⁴ “Que ou quem tem um regime alimentar que se baseia sobretudo em produtos de origem vegetal, mas que não exclui necessariamente alimentos de origem animal, como os ovos e laticínios.” **VEGETARIANO**. In.: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/vegetariano>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁵ Pesquisa do IBOPE aponta crescimento histórico no número de vegetarianos no Brasil. **Sociedade Vegetariana Brasileira**, São Paulo, 20 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.svb.org.br/2469-pesquisa-do-ibope-aponta-crescimento-historico-no-numero-de-vegetarianos-no-brasil>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁶ CHUAHY, Rafaella. **Manifesto pelos direitos dos animais**. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 161.

⁷ **Embrapa e Inpe apresentam dados sobre o uso da terra na Amazônia**. Embrapa, 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/12355787/embrapa-e-inpe-apresentam-dados-sobre-o-uso-da-terra-na-amazonia>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁸ GALVÃO, Desirêe. Setores com mais casos de trabalhadores escravos estão ligados à alimentação. **Época**, 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/10/setores-com-mais-casos-de-trabalhadores-escravos-estao-ligados-alimentacao.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei n.º 2.556/2019**, de 24 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2199512>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

veganos, demonstrando a existência de uma produtividade industrial com ausência de insumo animal que, além de praticável, corresponde à uma forma de garantia da efetivação da dignidade animal, atendendo ao que dispõe o artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal, e, conseqüentemente, facilitando a inserção no mercado de consumo com valores competitivos quanto à indústria “tradicional”.

Nesse sentido, cumpre informar que o texto constitucional veda a tributação com intuito de confisco, a qual gera uma penalidade ao contribuinte por exercer determinada atividade econômica, nos termos do artigo 150, IV, CF/88.¹⁰ Assim, restaria inviável a aplicação de alíquotas exorbitantes para as indústrias “tradicionalistas” por se tratar, evidentemente, de atitude confiscatória.

Todavia, não há óbice quanto ao favorecimento fiscal para estimular determinados setores da economia, de modo que a indústria vegana vislumbra uma possível implementação de incentivos fiscais em razão da mensagem de sustentabilidade e dignidade animal introduzida.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que as reações dos animais não humanos são claramente perceptíveis, sejam físicas, psicológicas e/ou emocionais, justificando-se assim a consciência destes seres.¹¹ Logo, não há como admitir que a norma constante no Código Civil prevaleça tratando-os como seres semoventes, ou seja, bens móveis com movimento próprio,¹² uma vez que é nítida a sua existência como alguém e não como algo.

Dessa forma, não há como negar o impacto ético e moral trazido pela indústria vegana que propõe uma nova forma de produção, ausente de práticas abusivas utilizadas pela indústria “tradicional”, viabilizando uma nova dimensão para a obtenção da dignidade dos animais não humanos.

Dessa forma, a viabilidade da aplicação dos benefícios fiscais acaba encarando, indubitavelmente, a necessidade do reconhecimento da consciência animal, uma vez que não há como resguardar o direito aos benefícios fiscais à indústria vegana sem compreender essa conjectura trazida pela autonomia do Direito Animal, pois é a base para tutelar a redução de

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹¹ “Soma da capacidade de manifestar dor, prazer, sofrimento e sentimentos positivos e negativos e da existência de uma consciência neurológica, seja ela complexa ou rudimentar.” SOUZA, Robson Fernando de. **Direitos Animais e Veganismo: consciência com esperança**. Recife: Edição do autor, 2017. p 24.

¹² BRASIL. Lei n.º 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

carga tributária no ramo aqui tratado, compreendido como uma forma de afirmação da dignidade dos animais não humanos.

2. OS FUNDAMENTOS JURÍDICO-FILOSÓFICOS ACERCA DA DIGNIDADE DO ANIMAL NÃO HUMANO:

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o Direito Animal como ramo autônomo do direito, resultando na sua desconexão do Direito Ambiental, possibilitando uma independência relativa à orientação de sua doutrina e princípios aplicados. Assim, através do artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal, percebe-se a imposição do legislador quando veda toda e qualquer forma de crueldade aos animais, interpretada como regra constitucional por seu caráter imperativo que não comporta discussões acerca da ponderação, haja vista tratar-se da total aplicação ou da abstenção de aplicação da norma constitucional.¹³

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto à existência da sentiência animal, bem como acerca da autonomia do Direito Animal, conforme seu julgado mais recente atinente à matéria, encontrado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983, que julgou procedente o pedido de inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a prática da vaquejada naquele estado.

Para uma compreensão mais adequada da decisão do STF, frisar-se-á alguns trechos de extrema relevância acerca da referida decisão. Destarte, o Ministro Marco Aurélio, como Relator, assim posicionou-se:

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento. A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.¹⁴

¹³ MEDEIROS, Fernanda Fontoura de. NETO, Jayme Weingartner. PETERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e a vedação da crueldade:** o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas, RS: Unilasalle, 2016. p. 12.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983 Ceará. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a proteção aos animais contra atos cruéis é, evidentemente, um valor autônomo, inaugurando a emancipação do Direito Animal, conforme segue:

Antes de analisar as questões constitucionais envolvidas no caso, é oportuno abrir um tópico para reflexão acerca das profícuas discussões que têm-se desenvolvido no âmbito da ética animal. Nesse domínio, antecipe-se desde já, tem-se evoluído para entender que a vedação da crueldade contra animais, referida no art. 225, § 1º, VII da Constituição, já não se limita à proteção do meio-ambiente ou mesmo apenas a preservar a função ecológica das espécies. Em outras palavras: protegem-se os animais contra a crueldade não apenas como uma função da tutela de outros bens jurídicos, mas como um valor autônomo.¹⁵

Ainda, o Ministro Luís Roberto Barroso assim se pronuncia acerca da existência da senciência animal. Vejamos:

A primeira dessas visões sustenta que a capacidade de sofrer e de sentir prazer é suficiente para se reconhecer que animais têm interesses. Assim, se um ser sofre, não haveria qualquer justificativa moral para se deixar de levar em conta esse sofrimento. Mas caso um ser não seja capaz de sofrer e de sentir prazer, não haveria nenhum interesse a ser protegido. Portanto, a senciência – termo utilizado na literatura especializada para dizer que um ser tem capacidade de sentir dor e prazer – seria o único atributo necessário para a consideração dos interesses dos animais. [...] Portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.¹⁶

Logo, percebe-se que a norma constitucional, por si só, constitui mandamento suficiente que impossibilita atos cruéis aos animais, reconhecendo-os como seres sencientes, visto que a interpretação de vedação de crueldade somente pode ser atribuída aos seres que possuem a capacidade de sentir reações físicas e emocionais, diferentemente do que ocorre com os bens, demonstrando a contrariedade constante no Código Civil de 2002, que dispõe sobre os animais não humanos como seres semoventes.¹⁷

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983 Ceará. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. Lei n.º 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Aliás, imperioso ressaltar que, recentemente, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n.º 27/18, onde reconhece a natureza jurídica *sui generis* dos animais não humanos, bem como veda o seu tratamento como coisa. Todavia, o referido projeto necessita de análise pormenorizada acerca do seu verdadeiro impacto, visto que os animais não humanos perdem a característica de coisa, mas permanecem identificados como bens, razão pela qual o presente projeto merece discussões mais aprofundadas acerca do seu real benefício.¹⁸

Assim sendo, conforme leciona Peter Singer, filósofo australiano, professor na Universidade de Princeton/EUA e autor de “Libertação Animal”, é necessária a efetivação do princípio da igualdade de interesses, onde a capacidade de sofrimento e de sentir estímulos prazerosos são pré-requisitos para se ter algum tipo de interesse, sendo suficiente para que possamos afirmar o interesse de um ser, que será, no mínimo, o interesse do não sofrimento.¹⁹

Assim, segundo Singer, o especismo é “um tipo de preconceito ou atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra os de outras”.²⁰ Dessa forma, revela que, em uma perspectiva antiespecista, devemos admitir que seres semelhantes em aspectos relevantes devem possuir direito equivalente à vida.²¹

Nesse sentido, afirma que os animais devem ser incluídos nas preocupações morais, devendo cessar o tratamento destes como descartáveis,²² uma vez que a dor é relativa a um estado de consciência que não é possível mencionar quando experimentada pelo outro,²³ todavia, não se torna menos importante o acontecimento doloroso, seja a vítima um animal humano ou não humano.

No que diz respeito à capacidade de sentir, oportuno mencionar a existência da Declaração de Cambridge sobre Consciência dos Animais Humanos e Não Humanos, datada de 07 de julho de 2012, onde foi assinada na presença de Stephen Hawking, conforme segue:

"A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de

¹⁸ BRASIL. Projeto de Lei n.º 27, de 19 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁹ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 13.

²⁰ *Ibidem*, p. 11.

²¹ *Ibidem*, p.30.

²² *Ibidem*, p.31.

²³ *Ibidem*, p.17.

consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos".²⁴

Assim, a mencionada declaração encerra a dúvida, pelo menos nas perspectivas bio e fisiológicas, sobre a existência ou não de consciência dos animais não humanos que resultam na sua capacidade de sentir dor e/ou prazer, restando evidenciada a resposta afirmativa sobre determinadas aptidões.

Para Robson Fernando de Souza, sociólogo e autor dos livros “Direitos Animais e Veganismo – Consciência e Esperança” e “Veganismo – As muitas razões para uma vida mais ética”, a senciência animal é suporte da ética animal, traduzido como o conjunto das capacidades de demonstrar dor, prazer, alegrias e outros tantos sentimentos e emoções, revelando uma consciência neurológica, seja ela primária ou não.²⁵ Para ele, a ética animal considera que proporcionar momentos de dor e angústia aos animais não humanos é um ato violento, não devendo haver distinção moral ou jurídica quando trata-se de sofrimento para humanos e não humanos, já que o sofrimento de ambos animais são semelhantes, mas apenas o humano poderá expressar verbalmente sua condição.²⁶

Ainda, para o referido sociólogo, o termo especismo se refere ao pensamentos que animais não humanos são seres moralmente inferiores aos humanos, tornando-os suscetíveis de tratamentos como se fossem máquinas e/ou produtos, demonstrando a verdadeira dominação moral existente, de forma violenta, correlacionando sua forma com violações de dignidade ocorridas em manifestações racistas, sexistas e/ou homofóbicas.²⁷

Para Tom Regan, outro filósofo da Filosofia do Direito Animal e autor do livro “Jaulas Vazias”, humanos e não humanos possuem consciência do que lhes acontece, de modo que todas as ações nos interessam, não sendo relevante que isso importe aos outros. Assim, Regan cria a expressão “sujeito-de-uma-vida” para designar todos os seres que possuem uma família de semelhanças, tornando-nos todos iguais, proporcionando maior

²⁴ INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/172-noticias/noticias-2012/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>. Acesso em: 08 jan. 2020.

²⁵ SOUZA, Robson Fernando de. **Direitos Animais e Veganismo: consciência com esperança**. Recife: Edição do autor, 2017. p. 24.

²⁶ Ibidem, p. 26.

²⁷ Ibidem, p. 29.

compreensão acerca da nossa igualdade moral.²⁸ Assim, nas palavras de Tom Regan, “cada um de nós é igual porque cada um de nós é igualmente ‘um alguém’, não uma coisa; é sujeito-de-uma-vida, não uma vida sem sujeito”.²⁹

Segundo a interpretação de Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães, doutora em Direito, juíza e autora do livro “A Proteção aos Animais e o Direito”, a teoria proposta por Regan revela a necessidade de observar diferentes critérios para ética e justiça, onde a avaliação da dor ou do prazer não sejam essenciais para aferir sobre a existência da dignidade, bastando apenas a compreensão da consideração moral aplicada a todos os sujeitos-de-uma-vida que é imparcial quanto à espécie do agente moralmente protegido.³⁰

O filósofo e doutor em Direito, Gary Francione, leciona acerca do direito básico de não ser tratado como propriedade, pois essa seria a mínima exigência para ser membro de uma comunidade moral, haja vista que coisas não possuem qualquer tipo de direito e seu valor é determinado por seu proprietário.³¹ Assim, a condição de propriedade impede qualquer perspectiva de reconhecimento de interesses além daquelas já impostas por humanos que buscam se beneficiar com a exploração dos não humanos,³² inviabilizando a efetividade do princípio da igualdade de considerações e, por conseguinte, ignorando a existência da comprovada senciência do animal não humano.

Assim, percebe-se que inúmeras são as teorias que revelam a capacidade dos animais não humanos em sentir dor e prazer, de modo que, em sua grande maioria, essa capacidade justifica a atribuição de condições morais e éticas aos animais não humanos em razão da igualdade de interesses, revelando sua senciência que resulta no dever de preservação de seu direito à vida, à liberdade, à integridade física e etc.

Dessa forma, cumpre esclarecer que as teorias aqui apresentadas não possuem o intuito de estancar a discussão relativa aos Direitos Animais, seja no âmbito pragmático ou filosófico, buscando unicamente uma reflexão acerca dos entendimentos mais recentes e

²⁸ REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006. p. 60-61.

²⁹ *Ibidem*, p. 62.

³⁰ FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito**: o *status* jurídico dos animais como sujeitos de direito. Curitiba: Juruá, 2014. p. 80-81.

³¹ FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais**: seu filho ou seu cachorro? Campinas: Unicamp, 2013. p. 175.

³² *Ibidem*, p 178.

respeitados da doutrina do Direito Animal, estimulando futuras pesquisas e leituras atinentes ao tema que tanto levanta questionamentos.

3. AS MOTIVAÇÕES PELA PRODUÇÃO VEGANA

O presente artigo visa demonstrar a existência de um novo ramo do mercado de consumo onde estão inseridos os produtos de origem vegana, de modo que este novo setor tem ganhado espaço no mercado de consumo em razão de seu propósito na luta pela obtenção da dignidade animal, revelando uma produção ética e moral quanto ao sofrimento dos animais.

Assim, esse novo ramo da indústria demonstra uma perspectiva de reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos-de-uma-vida, ou seja, como alguém e não como algo e portanto, não há como consumir ou mercantilizar uma vida, razão pela qual sua mensagem demonstra um comprometimento com a ética e o antiespecismo, visto que preza por toda forma de vida, sem relevância de espécie.

Dito isso, para a possibilidade de efetivar medidas de desoneração fiscal para a indústria vegana, é necessário descaracterizar os animais não humanos como coisas e afirmar seu caráter de sujeito-de-uma-vida e, assim sendo, aqueles que produzem com privação de insumos de origem animal, demonstram o comprometimento com a ética e, inclusive, com a disposição constitucional constante no artigo 225, §1º, VII, devendo a indústria vegana ser incentivada por meio de benefícios fiscais como meio de obtenção da dignidade animal no ramo industrial.

Além disso, nunca é demais lembrar que, por ser uma indústria vegana, não há dispêndio com insumos e/ou testes em animais, não havendo real motivo para que a tributação fosse idêntica àquela que é aplicada à indústria “tradicional”, uma vez que a indústria vegana possui gastos de produção inferiores em razão da não exploração animal.

Logo, não há outra alternativa senão aplicar benefícios fiscais para incentivar este novo ramo da indústria que demonstra um comprometimento com o que dispõe a Constituição Federal, bem como está atenta aos impasses ambientais e de Direito Animal que a sociedade brasileira atravessa, sendo necessário que empresas com uma visão e produção antiespecista usufruam de benesses tributárias para divulgar os produtos desenvolvidos e demonstrar que a indústria vegana é uma realidade.

O mercado vegano é um dos que mais cresce no Brasil, pois apresenta uma inovação na forma de produzir, demonstrando a possibilidade de uma produção industrial ética, antiespecista e que obtenha aceitação dos consumidores, de modo que empresários atuantes no ramo de produtos vegetarianos e veganos apontam um crescimento deste mercado de aproximadamente 40% ao ano, confirmando a expansão e alta demanda acerca dos produtos veganos.³³

Nesse sentido, conforme pesquisa realizada pelo IBOPE, aproximadamente 55% dos entrevistados consumiria produtos veganos se esta informação fosse apresentada com clareza nas embalagens e 60% consumiria se os valores fossem equiparados aos produtos “tradicionais” que já consomem.³⁴

Por outro lado, a opção por produtos veganos demonstra uma busca da melhoria na saúde e perspectiva de vida, visto que uma pesquisa concluiu que o consumo regular de carne não processada aumenta o risco de mortalidade em 9%, sendo elevado para 13% quando do consumo de carnes processadas, tudo em razão de doenças cardiovasculares e cânceres.³⁵

Além disso, outro estudo realizado demonstrou que uma porção de 50 gramas diárias de carne processada aumentam em 18% o risco de câncer colorretal, sendo que este tipo de neoplasia maligna é o segundo mais diagnosticado em mulheres e o terceiro em homens, levando ao óbito aproximadamente 694 mil pessoas por ano.³⁶

Sob a perspectiva ambiental, a produção de carne é responsável por 51% de toda a emissão de gases de efeito estufa do mundo e de 65% de toda a emissão de Óxido Nitroso, um gás estufa com 296 vezes o potencial de aquecimento global proporcionado pelo Dióxido de Carbono, permanecendo por 150 anos na atmosfera. Para produzir um quilo de carne, é

³³ CARREIRO, Juliana. Mercado Vegano cresce 40% ao ano no Brasil. **Estadão**, 2017. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/blogs/comida-de-verdade/mercado-vegano-cresce-40-ao-ano-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

³⁴ Pesquisa do Ibope aponta crescimento histórico no número de vegetarianos no Brasil. **Sociedade Vegetariana Brasileira**, 2018. Disponível em: <<https://www.svb.org.br/2469-pesquisa-do-ibope-aponta-crescimento-historico-no-numero-de-vegetarianos-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

³⁵ Comer mais carne vermelha está relacionado à morte prematura, afirma estudo de Harvard. **Gaúcha Zero Hora**. Porto Alegre, 14 jun. 2019. Saúde. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/06/comer-mais-carne-vermelha-esta-relacionado-a-morte-prematura-afirma-estudo-de-harvard-cjwwaxl0b005z01lztbzy6k.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

³⁶ OMS classifica carnes processadas como cancerígenas. **Instituto Nacional de Câncer**, 2015. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/noticias/oms-classifica-carnes-processadas-como-cancerigenas/>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

necessário pelo menos 15 mil litros de água, enquanto a produção de um quilo de soja utiliza apenas 500 litros.³⁷

Outra informação relevante quanto à agropecuária é que esta é responsável por 91% da devastação da Amazônia, de modo que suas terras são utilizadas para pastagens e cultivo de grãos para ruminantes. Assim, para maior compreensão, em um hectare de terra é possível plantar entre 42 mil até 50 mil pés de tomate, enquanto o mesmo local produzirá apenas 81,66kg de carne bovina, equivalente à 11,35% do peso de um bovino, demonstrando que a alimentação vegetariana e/ou vegana estimula a diminuição do desmatamento e demonstra a crise alimentar e ambiental enfrentada atualmente.³⁸

Nesse sentido, cumpre informar que os Estados Unidos da América poderiam alimentar 800 milhões de pessoas com os grãos que cultivam para a alimentação bovina. No mundo, 80% das crianças em situação de fome, vivem em países onde os alimentos são cultivados e destinados para a produção da carne que será enviada para países ocidentais, demonstrando que esses alimentos sustentam muito mais pessoas do que quando utilizados para a produção animal, onde poucos podem adquirir a carne, em razão do seu alto valor de mercado.³⁹ No Brasil, aproximadamente 79% da produção de proteína é transformada em ração para animais de corte, de modo que apenas 16% é revertida para o consumo humano.⁴⁰

Posto isso, cabe informar que o atual contexto social ao qual se está inserido, permite que a população repense sobre o consumo de produtos “tradicionais” que possuem a opção vegana, seja por cuidados com a saúde, por sustentabilidade ou por ideologia. Aqui, percebe-se que as justificativas são inúmeras, sendo que as que foram expostas são apenas uma breve elucidação dos motivos que levam o aumento da população vegetariana e/ou vegana,

³⁷ CHIAPETTA, Mariana Santos. **Muito além da exploração animal: criação de gado promove consumo de recursos naturais e danos ambientais em escala estratosférica.** eCycle. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/component/content/article/63-meio-ambiente/3908-muito-alem-da-exploracao-animal-criacao-gado-promove-gastos-recursos-naturais-danos-ambientais-em-escala-estratosferica-emissoes-gases-uso-agua-terra-alimento-desmatamento-pastagem-residuos-contaminacao-exploracao-excessiva-fome-pesticidas-pegada.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

³⁸ Ibidem.

³⁹ CHIAPETTA, Mariana Santos. **Muito além da exploração animal: criação de gado promove consumo de recursos naturais e danos ambientais em escala estratosférica.** eCycle. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/component/content/article/63-meio-ambiente/3908-muito-alem-da-exploracao-animal-criacao-gado-promove-gastos-recursos-naturais-danos-ambientais-em-escala-estratosferica-emissoes-gases-uso-agua-terra-alimento-desmatamento-pastagem-residuos-contaminacao-exploracao-excessiva-fome-pesticidas-pegada.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁰ BARONI, Aline. **Alimentação com produtos de origem animal deixa 800 milhões de pessoas passando fome.** Mercy for Animals, 2017. Disponível em: <<https://mercyforanimals.org.br/alimentacao-com-produtos-animal-fome>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

todavia, essas incontáveis justificativas revelam a necessidade de uma mudança na forma de produzir e consumir, demonstrando a aceitação da indústria vegana e de todo o propósito ambiental, ético e antiespecista que a compõe.

4. O PROJETO DE LEI N.º 2.556/19 COMO MEIO PARA OBTENÇÃO GRADATIVA DE DIGNIDADE DO ANIMAL NÃO HUMANO

O Projeto de Lei n.º 2.556/19,⁴¹ de autoria do Deputado Federal Celso Studart, busca a redução de 25% dos tributos federais para empresários e empresas que produzem exclusivamente produtos veganos, por entender que a indústria vegana não utiliza insumos de origem animal, trazendo uma nova perspectiva industrial, demonstrando que é possível a existência de uma produção livre de crueldade, menos especista e que possua semelhança no sabor quando comparado aos produtos da indústria “tradicional”, sendo justificável que esses empresários tenham redução nas alíquotas dos produtos veganos que produzem.

A redução de tributos se mostra inevitável quando a indústria vegana demonstra que é possível a produção industrial livre de insumos de origem animal e sem exploração. Todavia, a indústria vegana torna-se refém da mesma tributação que é aplicada à indústria “tradicional” que explora, desmata e polui o meio ambiente, evidenciando a contradição acerca das alíquotas aplicadas, visto que a indústria vegana produz de maneira sustentável, ao contrário da indústria “tradicional”.

Para Marcos Leta, fundador da Fazenda Futuro, responsável pela produção do Futuro Burger e pelo o hambúrguer feito à base de plantas, a finalidade do *plant based* surge como oposição ao sistema “tradicional” de abate de animais não humanos, desmatamento e saturação de recursos naturais.⁴²

Assim, a redução das alíquotas possui função de incentivo fiscal para que a indústria vegana se fortaleça, objetivando e viabilizando a plenitude da dignidade dos animais, ao mesmo tempo em que estimula a indústria “tradicional” para que, percebendo os impactos

⁴¹ BRASIL. Projeto de Lei n.º 2.556/19, de 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBD519DCBFF743F6D153438C32EC29C8.proposicoesWebExterno2?codteor=1737912&filename=Tramitacao-PL+2556/2019>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁴² Fazenda Futuro vai atravessar fronteiras. Câmara de Comércio Argentino – Brasileira de São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.camarabra.com.br/noticias/agroindustria/clipping-agribusiness-20-de-dezembro-2019>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

tributários atribuído em razão da sustentabilidade e ética animal, se adeque e goze desses benefícios.

Entretanto, no dia 29 de outubro do ano de 2019, o Deputado Relator, Luis Miranda (DEM-DF), entendeu pela incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária do referido projeto de lei, por entender que implicaria em renúncia fiscal em valores ainda não apurados, bem como não havia proposta de compensação acerca desses valores abrangidos pela renúncia. Assim, sem apresentação de recurso, no dia 28 de novembro do ano de 2019, o projeto de lei foi arquivado pelos fundamentos mencionados.⁴³

É importante mencionar o retrocesso trazido pela rejeição do Projeto de Lei n.º 2.556/19, visto que o ramo da indústria vegana enfrenta inúmeros percalços de ordem social e cultural, onde o mercado “tradicional” impõe valores atrativos para produtos que utilizam de exploração animal, ao contrário dos produtos veganos, que apresentam valores elevados para o consumo, ainda que possuam relevância ética e moral no seu processo de fabricação.

No governo federal, através da Lei n.º 12.058/09,⁴⁴ sancionada pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, restou suspensa a contribuição de PIS e CONFINS relativos a indústria da carne, sob o pretexto de reduzir o abate clandestino, fomentando que pequenos produtores busquem a fiscalização sem temer a tributação.⁴⁵

No estado do Rio de Janeiro, o governador Wilson Witzel, sancionou a Lei n.º 8.482/19 que estipula tributação diferenciada para produtos cárneos, concedendo até 100% de redução na base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de animais vivos, bem como de saídas internas de unidades de abate, desossa e fracionamento de carcaças.⁴⁶

⁴³ BRASIL. Projeto de Lei n.º 2.556/19, de 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CBD519DCBFF743F6D153438C32EC29C8.proposicoesWebExterno2?codteor=1737912&filename=Tramitacao-PL+2556/2019>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Lei n.º 12.058/09, de 13 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12058.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁴⁵ Lei desonera frigoríficos da contribuição do PIS e COFINS. **Sistema Federação das Indústrias do Estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/lei-desonera-frigorificos-da-contribuicao-do-pis-e-cofins-2-95-85121.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁴⁶ RIO DE JANEIRO. Lei n.º 8.482/19, de 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/737203650/lei-8482-19-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

Por outro lado, o estado de São Paulo, o governador Geraldo Alckmin editou decreto extinguindo a isenção de ICMS que beneficiava a indústria de carnes desde 2009. Assim, o Decreto n.º 62.401/16 fixou alíquota de ICMS em 11% para inúmeros tipos de carnes.⁴⁷

Além disso, a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico do estado de Mato Grosso, afirma que a alíquota de ICMS sobre a carne produzida em seu território será a menor no país, alcançando valores de 0,25% em operações internas e 0,15% em operações interestaduais.⁴⁸

Assim, verifica-se que o governo federal e alguns estados brasileiros incentivam a indústria da carne, viabilizando benefícios fiscais para fomentar este ramo que encontra diversos dilemas, principalmente ambiental e sociocultural.

Dessa forma, os incentivos fiscais concedidos à indústrias “tradicionais” revelam a contrariedade existente no sistema de produção industrial brasileira, onde indústrias da carne são alvos de benefícios fiscais e indústrias veganas que se comprometem com a ética, moral e o meio ambiente seguem reféns da tributação padrão, sem qualquer tipo de desoneração no intuito de motivar o crescimento do ramo vegano que, de forma intrínseca à sua produção, apresenta preceitos compatíveis com a disposição constitucional de vedação à crueldade.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo buscou demonstrar o impacto positivo do Projeto de Lei n.º 2.556/19 que utilizou de uma proposta de norma tributária para efetivar a dignidade do animal não humano protegido pelo que dispõe o artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal, onde consta a proibição da crueldade animal.

O referido projeto, embora arquivado, revela um avanço no Direito Tributário brasileiro, que possibilita a disseminação dos produtos veganos no mercado de consumo através de redução dos tributos federais em 25%, tornando-o competitivo, demonstrando um verdadeiro incentivo fiscal para a produção vegana, bem como facilitando o alcance de produtos éticos e sem exploração animal ao consumidor.

⁴⁷ SÃO PAULO. Decreto n.º 62.401/16, de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-62401-29.12.2016.html>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁴⁸ BAIROS, Thielli. Carne bovina de Mato Grosso tem o menor imposto do país. **Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico**, Mato Grosso, 05 ago. 2019. Disponível em: <<http://www.sedec.mt.gov.br/-/12347232-carne-bovina-de-mato-grosso-tem-o-menor-imposto-do-pais>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

É que, concedendo a redução tributária para este novo ramo da indústria, o acesso aos produtos sem qualquer tipo de exploração animal alcançariam valores competitivos de mercado, democratizando o consumo, acarretando na comercialização destes produtos também para as camadas mais pobres da sociedade que, muitas das vezes, não se permite adquirir produtos de origem vegana por seu elevado preço.

Assim, percebe-se a incongruência de manter a similitude do sistema tributário diante de formas de produção totalmente distintas, onde uma utiliza de exploração animal e seus insumos e a outra preza pela produção ética, moral e antiespecista, devendo usufruir de benefícios fiscais para proporcionar aumento na produção, redução do valor do produto no mercado de consumo e democratização dos bens aptos à comercialização.

Todavia, ainda que o projeto tenha sido arquivado por questões de inviabilidade orçamentária, cumpre ressaltar que os fundamentos jurídicos, morais e éticos que originaram a presente proposta seguem resguardados no que dispõe a Constituição Federal e o Direito Animal, permitindo que tal modificação legislativa seja realizada, visto que além de uma mensagem ética, produz uma verdadeira inovação no ramo do Direito Tributário que incentivaria este novo ramo da indústria, desonerando inúmeros empresários que buscam uma inovação no mercado de consumo e uma perspectiva sustentável e sem exploração animal.

O Direito Animal é uma realidade e suas implicações necessitam de enfrentamento justo como propõe o projeto aqui discutido, sendo a presente discussão de extrema relevância para a perspectiva tributária, no intuito de se obter proteção jurídico-fiscal ao contribuinte que produz produtos veganos, bem como possui perspectiva da dignidade animal, quando reconhece que a produção vegana, embora recente, revela uma característica sólida que cada vez mais crescerá pela necessidade de adequação mundial em razão dos problemas socioambientais atualmente enfrentados.

REFERENCIAS

BAIROS, Thieli. Carne bovina de Mato Grosso tem o menor imposto do país. **Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico**, Mato Grosso, 05 ago. 2019. Disponível em: <<http://www.sedec.mt.gov.br/-/12347232-carne-bovina-de-mato-grosso-tem-o-menor-imposto-do-pais>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BARONI, Aline. **Alimentação com produtos de origem animal deixa 800 milhões de pessoas passando fome.** Mercy for Animals, 2017. Disponível em: <<https://mercyforanimals.org.br/alimentacao-com-produtos-animal-fome>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei n.º 2.556/2019**, de 24 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2199512>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Lei n.º 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Lei n.º 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Lei n.º 12.058/09, de 13 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12058.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 27, de 19 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983 Ceará. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

CARREIRO, Juliana. Mercado Vegano cresce 40% ao ano no Brasil. **Estadão**, 2017. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/blogs/comida-de-verdade/mercado-vegano-cresce-40-ao-ano-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

CHIAPETTA, Mariana Santos. **Muito além da exploração animal: criação de gado promove consumo de recursos naturais e danos ambientais em escala estratosférica.** eCycle. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/component/content/article/63-meio-ambiente/3908-muito-alem-da-exploracao-animal-criacao-gado-promove-gastos-recursos-naturais-danos-ambientais-em-escala-estratosferica-emissoes-gases-uso-agua-terra-alimento-desmatamento-pastagem-residuos-contaminacao-exploracao-excessiva-fome-pesticidas-pegada.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

CHUAHY, Rafaella. **Manifesto pelos direitos dos animais.** Rio de Janeiro: Record, 2009.

Comer mais carne vermelha está relacionado à morte prematura, afirma estudo de Harvard. **Gaúcha Zero Hora**. Porto Alegre, 14 jun. 2019. Saúde. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/06/comer-mais-carne-vermelha-esta-relacionado-a-morte-prematura-afirma-estudo-de-harvard-cjwwaxl0b005z01lztbzy6k.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2019. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Embrapa e Inpe apresentam dados sobre o uso da terra na Amazônia. **Embrapa**, 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/12355787/embrapa-e-inpe-apresentam-dados-sobre-o-uso-da-terra-na-amazonia>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Fazenda Futuro vai atravessar fronteiras. **Câmara de Comércio Argentino – Brasileira de São Paulo**, 2019. Disponível em: <<https://www.camarbra.com.br/noticias/agroindustria/clipping-agribusiness-20-de-dezembro-2019>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Juruá, 2014.
FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais: seu filho ou seu cachorro?**. Campinas: Unicamp, 2013.

GALVÃO, Desirêe. Setores com mais casos de trabalhadores escravos estão ligados à alimentação. **Época**, 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/10/setores-com-mais-casos-de-trabalhadores-escravos-estao-ligados-alimentacao.html>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/172-noticias/noticias-2012/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Lei desonera frigoríficos da contribuição do PIS e COFINS. **Sistema Federação das Indústrias do Estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/lei-desonera-frigorificos-da-contribuicao-do-pis-e-cofins-2-95-85121.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MEDEIROS, Fernanda Fontoura de. NETO, Jayme Weingartner. PETERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e a vedação da crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural**. Canoas, RS: Unilasalle, 2016.

OMS classifica carnes processadas como cancerígenas. **Instituto Nacional de Câncer**, 2015. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/noticias/oms-classifica-carnes-processadas-como-cancerigenas>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Pesquisa do IBOPE aponta crescimento histórico no número de vegetarianos no Brasil. **Sociedade Vegetariana Brasileira**, São Paulo, 20 de maio de 2018. Disponível em:

<<https://www.svb.org.br/2469-pesquisa-do-ibope-aponta-crescimento-historico-no-numero-de-vegetarianos-no-brasil>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Pesquisa do Ibope aponta crescimento histórico no número de vegetarianos no Brasil. **Sociedade Vegetariana Brasileira**, 2018. Disponível em: <<https://www.svb.org.br/2469-pesquisa-do-ibope-aponta-crescimento-historico-no-numero-de-vegetarianos-no-brasil>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RIO DE JANEIRO. Lei n.º 8.482/19, de 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/737203650/lei-8482-19-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

SÃO PAULO. Decreto n.º 62.401/16, de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-62401-29.12.2016.html>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 13.
SOUZA, Robson Fernando de. **Direitos Animais e Veganismo**: consciência com esperança. Recife: Edição do autor, 2017. p. 24.

SOUZA, Robson Fernando de. **Direitos Animais e Veganismo**: consciência com esperança. Recife: Edição do autor, 2017.

SOUZA, Robson Fernando de. **Veganismo**: as muitas razões para uma vida mais ética. 2. ed. Recife: Edição do autor, 2018.

NOVOS DIREITOS: A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Patricia Luzia Stieven¹

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar se o indivíduo, advindo de reprodução artificial heteróloga, tem direito à identidade genética sob a luz dos direitos fundamentais civis, analisando-se a ponderação entre os direitos da personalidade do nascido destas técnicas e o direito ao sigilo da identidade do doador. O estudo em pauta possui um aporte teórico, qualitativo e descritivo, de pesquisa bibliográfica. Para a abordagem utilizou-se o método indutivo. Assim, discute-se propriamente o direito à identidade genética, que desafia o direito de personalidade do nascido por essas técnicas de reprodução, onde há que se ponderar o direito à identidade genética *versus* o direito ao sigilo do doador, a fim de entender as consequências jurídicas da reprodução assistida em face do anonimato. Em termos de conclusões, defende-se que é possível evidenciar muitas dificuldades para concretizar os Direitos Fundamentais Civis dessas pessoas, visto que, num primeiro momento, está resguardado o direito do doador ao sigilo de sua identidade, em detrimento do direito da pessoa advinda dessas técnicas de reprodução em conhecer sua origem genética, uma vez que não há regulamentação no Brasil quanto a isso, ferindo seu direito fundamental à informação e à personalidade, motivo pelo qual se deve encontrar uma solução a ser aplicada a cada caso concreto.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Reprodução humana. Identidade genética. Sigilo. Direitos da personalidade.

1 INTRODUÇÃO

Nossos ordenamentos jurídicos, assim como os fatos sociais, vão se moldando e se adaptando ao longo do tempo, em razão das constantes mudanças e evoluções vividas pela sociedade. Em razão disso, o Direito não pode ser estático, tendo o papel importante de atender às novas necessidades impostas pelo progresso social.

Nesse passo, destaca-se que as técnicas de reprodução humana assistida, no Brasil, são reguladas pelo Conselho Federal de Medicina, sobrevém, todavia, que sobredita resolução é ato meramente administrativo e serve para os profissionais da área médica saberem como devem proceder no uso das técnicas de procriação artificial, sendo, assim norma ética e não jurídica. Ocorre, porém, que este é o único dispositivo vigente no Brasil

¹ Mestra em Direitos Fundamentais Civis. OAB/RS 66.220, patricia.ssfadvogadas@gmail.com

sobre o assunto, motivo pelo qual merece uma análise, sobretudo, no que diz respeito à doação de gametas ou pré-embriões e o anonimato, cerne deste trabalho.

Nesse contexto, são encontrados diversos desafios que possuem uma estreita relação entre eles quando se estuda o direito à identidade genética nos casos de reprodução assistida heteróloga, sendo que estes desafios se caracterizam pela afronta, em linhas gerais, ao direito de personalidade do nascido por essas técnicas de reprodução.

Há que se esclarecer que a busca pelo direito à identidade genética procura tão somente o seu reconhecimento como um direito da personalidade, a fim de demonstrar se isso é ou não possível sem que haja efeitos patrimoniais ou sucessórios decorrentes dessa relação.

Nesse lastro, o estudo que ora se apresenta tem o objetivo de promover uma das discussões mais polêmicas do momento sobre a reprodução humana assistida e o direito de família: o direito do indivíduo advindo da reprodução artificial heteróloga conhecer sua identidade genética, tudo isso a par dos reflexos da constitucionalização do direito privado, reconhecendo o direito à origem genética como um direito de personalidade, balizado no reconhecimento e dignidade pessoal, ante a supremacia dos princípios constitucionais.

Assim, o que se busca é o reconhecimento do direito à identidade genética em face do direito ao sigilo do doador (privacidade), procurando refletir sobre as consequências jurídicas da reprodução assistida em face do anonimato, utilizando-se para tanto a teoria da ponderação de Robert Alexy.

2 O ANONIMATO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Na reprodução humana artificial, um dos temas mais polêmicos é a doação de material genético, seja de óvulos ou de espermatozoides, uma vez que se envolve um terceiro no projeto familiar, motivo pelo qual é necessário compreender de fato quem é esse terceiro, o doador.

Os doadores são muito importantes no que se refere às procriações artificiais, pois com seu ato de altruísmo, ao fornecer material biológico necessário à realização das técnicas, proporcionam aos casais inférteis a possibilidade de procriação. (FERNANDES, 2005, p. 41)

Nesse sentido, não há como tratar de um tema tão controverso sem mencionar a posição de alguns países, não para tomar como parâmetro, mas para demonstrar a variação de entendimento jurídico e cultural de um país para o outro, quando se fala em evolução científica e seus consectários problemas.

Na maioria dos países que já tem legislação sobre o assunto, o anonimato continua sendo regra, sob o fundamento de não afastar as doações de material genético e proteger os direitos e deveres dos doadores. Nesse sentido, importante trazer à baila o entendimento da França, quando se fala em anonimato:

Com relação ao anonimato, em relatório do Conselho de Estado Francês sobre as leis de bioética, cinco anos após a sua entrada em vigor, foram feitas observações no sentido de que o segredo apresenta certamente alguns perigos para o equilíbrio psicológico da criança que pode senti-lo, além de prejuízos para os pais que se impõe o dever de se calar. Concluindo que, dessa forma, os problemas levantados por alguns psicanalistas quanto ao aspecto patogênico do segredo e do anonimato devem ser examinados. (SCALQUETTE, 2010, p. 273-274)

Assim, vem se entendendo ser possível excepcionar o princípio do anonimato do doador tão somente em caso de “necessidade terapêutica concernente à criança concebida com gametas provenientes de doador” (BRAUNER, 2003, p. 102-103)

Outro país que traz a mitigação do anonimato é a Espanha, visto que, embora o anonimato seja a regra, permite-se, excepcionalmente, a revelação da identidade do doador, excluindo-se, no entanto, qualquer possibilidade de constituição de direito alimentar ou sucessório entre ambos:

Embora se garanta o sigilo, os filhos nascidos têm direito de obter informações gerais sobre o doador desde que não inclua sua identidade. O mesmo direito é conferido às receptoras dos gametas e dos pré-embriões. Além disso, em circunstâncias excepcionais que impliquem em perigo certo para a vida ou saúde do filho gerado, a legislação espanhola permite que seja revelada a identidade dos doadores, sempre que indispensável para evitar-se o perigo ou para o fim legal proposto. (SCALQUETTE, 2010, p. 256)

No direito Português, garante-se o sigilo de qualquer um dos participantes do procedimento da reprodução assistida, contudo reserva-se ao concebido pelo emprego de uma das técnicas médicas de reprodução assistida o direito de obter as informações de natureza genética que lhe digam respeito em algumas situações (BRAUNER, 2003, p. 249):

No Brasil vigora o princípio do anonimato. Não por força de lei, mas, na omissão do ordenamento, a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina vem sendo utilizada, a qual estabelece normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, entre as quais, no inciso IV, alínea 4, refere que será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Como já dito anteriormente, a ideia não é esgotar o assunto do anonimato no direito comparado, mas apenas trazer um pouco do entendimento em outros países, sendo o anonimato do doador uma discussão universal, em razão dos problemas que decorrem desse segredo, que demandará, ainda, muita reflexão a respeito.

No presente trabalho dar-se-á maior ênfase ao Direito Alemão, pelo fato de que o Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* (BGH), em 28 de janeiro de 2015, reconheceu a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor doador.

Assim, importante trazer à lume, que a Alemanha não se ocupa diretamente da questão do anonimato do doador, mas a construção que, desde 1989, vem sendo feita a partir de decisões do *Bundesverfassungsgericht*, são em torno do direito ao conhecimento das origens genéticas que levam ao problema do conhecimento da identidade do doador (REIS, 2008, p. 432).

Porém, a própria *Bundesärztekammer* alerta para a deficiente regulamentação do assunto no direito alemão. Em 1988, o ante-projeto de lei sobre Procriação Medicamente Assistida recomendava a constituição pelos médicos de uma base de dados contendo informação sobre os doadores para que as crianças pudessem ter essa informação a partir dos 16 anos de idade, sugerindo um sistema próximo ao que existe para a adoção. (REIS, 2008, p. 432)

Na decisão proferida pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), em 28 de janeiro de 2015, foi concedida a quebra do anonimato do doador:

Em decisão proferida no dia 28 de janeiro, o 12^a Senado Cível do conceituado tribunal, nos autos de processo oriundo do Tribunal de Hannover, reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, na qual o material genético não provém – total ou parcialmente – dos pais, mas de terceiro doador anônimo, conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor.

[...] O Tribunal de Hannover aplicou por analogia a regra do § 63 I da *Personenstandsgesetz* (PStG), a lei sobre a origem pessoal, válida para os casos de adoção. Os menores, então, recorreram ao BGH por meio da *Revision* e o tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade. (FRITZ, 2015)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça Alemão é sem dúvida um divisor de águas sobre o tema, embora existam posicionamentos contrários, verifica-se que o Tribunal Alemão deixou claro que esse direito não é absoluto, visto que existem vários interesses em questão, motivo pelo qual a decisão deverá sempre pautar-se pelo caso concreto a ser analisado e ponderado. Ademais, segundo a decisão em comento, o interesse legítimo referente ao direito ao anonimato do doador de sêmen decorre do direito à autodeterminação que “na expressão do tribunal, direito à autodeterminação informativa [...] – também de status constitucional, que lhe confere o poder de planejar e regular sua vida particular, o que inclui evidentemente o planejamento familiar” (FRITZ, 2015).

O procedimento de reprodução assistida heteróloga traz consigo, além de questões éticas, questões jurídicas, que até o momento não encontram amparo no nosso ordenamento jurídico, sendo de relevante importância sua discussão, uma vez que as consequências jurídicas da reprodução humana assistida são tanto pessoais, como patrimoniais.

3 PROIBIÇÃO DO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA

O princípio do anonimato adotado na Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é visto hoje como a pedra fundamental dos tratamentos de reprodução humana assistida no Brasil.

O principal fundamento adotado pela resolução para justificar o anonimato foi eleito para proteger a criança nascida por técnica de reprodução assistida, a fim de que a criança não se torne objeto de disputa entre o doador e seus pais ou que a vedação do anonimato impeça a autonomia e o desenvolvimento normal da família constituída com o auxílio da biotecnologia, porventura temerosa de ser importunada pelo doador ou vice-versa.

Defende-se a tese de que o que se pretende não é possibilitar o conhecimento da criança acerca de sua origem, do procedimento que a gerou e, até mesmo de sua identidade genética, mas preservar a identidade civil dos doadores e receptores.

Entende-se que, em tese, o conhecimento da identidade civil do doador é contrária ao melhor interesse da criança, que a revelação afronta os direitos da personalidade dos doadores, que a doação praticamente desapareceu em países onde se permite a revelação.

Não obstante isso, a tese do anonimato encontra fundamento legal na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, em seus artigos 7º e 9º² que expressamente dizem que o sigilo deverá ser respeitado nas condições estabelecidas por lei, dos dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de investigação ou para qualquer outro fim.

Na verdade, o que se teme conceber é o estabelecimento de vínculo parental entre o doador e a pessoa concebida através da técnica, tornando completamente necessária a distinção entre direito ao estado de filiação e o direito à origem genética, que, infelizmente, não foi ainda assimilada pelo legislador e até mesmo por muitos doutrinadores, que ignoram o implacável sentimento existencial, social e jurídico do ser humano em conhecer sua origem.

Outra prova disso, encontra-se no conteúdo de um interessantíssimo estudo publicado pela Commission on Parenthood's Future sob o nome "My Daddy's Name is Donor: A New Study of Young Adults Conceived Through Sperm Donation"³, onde foi pesquisada a situação de adultos concebidos por meio da doação de esperma, ocasião em que os pesquisadores entrevistaram mais de um milhão de lares.

Segundo o estudo, entre 30 mil e 60 mil crianças nascem em cada ano nos Estados Unidos por meio de doação de esperma. Trata-se, contudo, de uma estimativa por baixo, pois nenhum organismo recolhe estatísticas deste procedimento. Além disso, este é o primeiro estudo sério para avaliar o bem-estar de quem agora é adulto. A pesquisa também constata que a doação de esperma é um fenômeno internacional. Pessoas de todo o mundo buscam doadores de esperma nos Estados Unidos devido à falta de regulamentações, e países como Dinamarca, Índia e

² Art. 7º - Deverá respeitar-se o sigilo, nas condições estabelecidas por lei, dos dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de investigação ou para qualquer outro fim. Art. 9º - A fim de proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais, as restrições aos princípios do consentimento e do sigilo têm de ser fixadas por lei, por razões imperiosas e dentro dos limites estabelecidos pelo direito internacional público e pelas normas internacionais de direitos humanos.

³ Em tradução livre "O nome do meu pai é doador: Um novo estudo de jovens adultos concebidos por meio da doação de esperma", das autoras Elizabeth Marquardt, Norval D. Glenn e Karen Clark.

África do Sul proporcionam também doadores de esperma para um crescente mercado de turismo de fertilidade. (FLYN, 2010, p. 162).

O mais chocante é que a pesquisa traz considerações muito importantes para a formação da identidade dos nascidos da reprodução humana heteróloga, posto que coloca em destaque a inevitável comparação do instituto da adoção com a técnica de reprodução heteróloga, demonstrando que as crianças adotadas podem criar uma ilusão, fantasiar uma história sobre o porquê foram dadas para adoção, porém a criança advinda das técnicas de procriação artificial saberá, inevitavelmente, que foi uma transação comercial, onde o doador jamais desejou ser pai ou mãe, o seu nascimento não foi um projeto de vida pelo pai ou mãe biológico, doador do sêmen ou do óvulo.

Os nascidos da reprodução heteróloga merecem ser amparados pelo ordenamento jurídico, visto que são sujeitos de direito e merecem todo amparo legal na esteira de sua vida. Até mesmo porque o estabelecimento dos laços afetivos construídos na relação entre pais e filhos são, inegavelmente, o fundamento do estado de filiação, o qual não se desfaz pelo simples conhecimento da ascendência genética. O direito ao estado de filiação é objeto do direito de família e o direito ao conhecimento da origem genética é direito da personalidade, essa diferenciação deve ficar clara. Isso vem confirmado pelos dados da pesquisa alhures mencionada:

Um pouco menos de metade destes adultos expressou o seu mal-estar com as suas origens. Muitos deles afirmaram que têm uma preocupação frequente. Alguns deles sentem-se como monstros – o resultado de experiências de laboratório – enquanto que outros têm problemas de identidade. O facto de que o processo mistura dinheiro também é um factor de preocupação para muitos. Outros expressaram o seu mal-estar por terem sido um produto desenhado para satisfazer os desejos de seus pais. Não menos de 70% admitem ter perguntado como era a família do doador de esperma. (FLYN, 2010, p. 163)

Nesse norte, frisa-se que “se na paternidade socioafetiva vive a dignidade da pessoa humana, também a necessidade de se conhecer o pai biológico reside a integridade da dignidade da pessoa” (AHMAD, 2009, p. 101).

O direito à filiação é garantido pela Constituição Federal, que o assegura através de vários princípios, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), motivo pelo qual o nascido da reprodução artificial heteróloga, mal comparando com a adoção, tem o direito de conhecer sua identidade genética. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 363.889, exarou a seguinte posição,

conforme eminente voto do Min. Dias Toffoli, que responde a questão jurídica que toca à discussão sobre a identidade genética:

[...] Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. [...] Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. [...]

Outra decisão interessante nesse sentido foi proferida, no ano de 2013, pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no recurso de agravo de instrumento n. 70052132370⁴, em pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, que concebeu um bebê através da reprodução assistida heteróloga, uma vez que em primeiro grau foi ordenada citação do laboratório responsável pela inseminação e do

⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. **PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU.** 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. **Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.** 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. **O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga.** Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013). [não há grifos no original]

doador anônimo, bem como foi determinada a nomeação de curador especial à menor, ao que o juízo *ad quem* entendeu desnecessário o tumulto processual, visto que inexistia lide ou pretensão resistida, atendendo o pedido dos autos o superior interesse da criança, que impõe o registro para conferir-lhe o status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que lhe concebeu.

No entanto, o Tribunal fez a ressalva de que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.

Não menos importante foi o pronunciamento da Min. Nancy Andrichi no julgamento Recurso Especial n. 1.401.719 - MG (2012/0022035-1)⁵, deixando claro que ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito à ancestralidade, afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no

⁵ FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012.

2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às *pretensões negatórias de paternidade*, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.

7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.

9. Recurso especial desprovido.

valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.

Em interessante julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar a Apelação Cível n. 70050130806⁶, originada da ação mandamental c/c obrigação de fazer por meio da qual o autor requereu a exibição do seu assento de nascimento original, prontuários e registros relativos ao seu nascimento existentes no banco de dados do hospital réu, visto que buscava por sua filiação biológica, deferiu a exibição de documentos sob o argumento de que o direito à filiação é garantido pela Constituição Federal, que o assegura através de vários princípios, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Frisou, ainda que o autor tenha sido adotado, não lhe pode ser recusado o direito de conhecer sua identidade genética, fazendo alusão ao Recurso Extraordinário nº 363.889-DF, acima comentado.

Como visto, nossa jurisprudência caminha lentamente no sentido de reconhecer o direito à identidade genética na procriação artificial, todavia, já existem indícios de que quando essas crianças crescerem e buscarem suas origens genéticas encontrarão um judiciário e um Poder Legislativo muito mais preparado e receptivo a esses novos direitos, pois como visto no julgado acima, ainda pairam confusões sobre o direito à origem genética (podendo ser comparado ao art. 48 do ECA) e o direito de filiação, previsto no art. 27 do estatuto menorista.

Nesse sentido, Tycho Brahe Fernandes afirma que negar à criança concebida por meio de reprodução assistida a possibilidade de aforar uma ação investigatória constitui-se em inaceitável discriminação, uma vez que se estará negando a ela um direito que é reconhecido às outras nascidas de relações sexuais. (FERNANDES, 2000, p.86.)

Portanto, como já dito alhures, o tema em debate não é nada simples, sendo trabalho extremamente árduo e difícil para que os juristas formem suas convicções no sentido de proteger tanto o direito do doador, como o direito do nascido dessas técnicas de reprodução artificial, ao que este trabalho filia-se ao direito ao conhecimento da identidade genética, uma vez que demonstrado os efeitos nefastos no ser do concepturo, restando claro que não

⁶ DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO MANDAMENTAL C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. Sentença que condenou o réu à exibição dos documentos relativos ao nascimento do autor, o qual investiga a sua filiação biológica. admitida a apresentação de cópias autenticadas dos documentos originais constantes em livro de registro contendo informações sobre outros partos, de modo a preservar as informações relativas a terceiros. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

há prejuízo algum ao doador que não terá nenhuma espécie de dever legal com o investigante, nem alimentos, nem direitos sucessórios, resguardando-se, assim, a dignidade de quem ainda nem nasceu e das gerações futuras, conforme emana da nossa Constituição Federal.

4 A COLISÃO ENTRE DIREITOS: O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR

Notadamente, a intimidade, em um mundo globalizado e proliferado de redes sociais como o atual, possui diferente aplicação em nosso cotidiano. Com efeito, já é possível observar casos em que outros direitos fundamentais prevalecem em relação à privacidade, justamente por estarmos diante de uma realidade diversa e peculiar na sociedade contemporânea.

O direito à intimidade é hoje considerado parte integrante dos direitos da personalidade. Tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. (LAFER, 1988, p. 239)

Com efeito, podemos notar que é bastante controversa a colisão de direitos entre o doador e a pessoa gerada pela reprodução artificial, uma vez que àquele é garantido o direito ao sigilo, à privacidade, intimidade, enquanto que ao outro deveria ser garantido o direito da personalidade, identidade, de acesso à informação, todos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente.

Conquanto, o direito à identidade genética baseia-se na dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a pessoa tem direito a ter conhecimento de onde surgiu e quem lhe gerou a vida. Tal direito não se baseia somente em questões emocionais ou psicológicas, mas também médicas, uma vez que conhecer a identidade genética dá base ao indivíduo para conhecer eventuais doenças genéticas, propensões genéticas e demais questões ligadas à hereditariedade e DNA.

Por outro lado, o doador de material biológico para reprodução assistida, em regra, somente o faz por não ser possível qualquer ligação sua com o ser humano gerado a partir dessa técnica. Quando falamos em inexistência de ligação, conforme já mencionado, falamos

tanto de ligação emocional como de direitos hereditários ou alimentares. Outro ponto a ser ressaltado, é que o sigilo do doador visa assegurar que continuem existindo doadores, uma vez que sem estes não poderá se concretizar a reprodução heteróloga, tendo em vista que esta se faz necessária em razão da impossibilidade dos pais inférteis ou estéreis doarem material genético.

Assim, temos um conflito entre direitos fundamentais relacionados à personalidade do indivíduo, tanto do ser humano gerado pela reprodução assistida quanto do doador, pois “estar-se-ia efetivamente diante de um conflito de normas, quando se garante o direito ao filho de saber sua origem genética e, ao mesmo tempo, ao doador do material sexual ao sigilo de sua identidade” (FERRAZ, 2011, p. 146).

Apesar de aparentemente iguais na importância proporcional de sopesamento, não se pode negar o direito da personalidade do nascido da reprodução assistida heteróloga, que está amparado pelo macroprincípio da dignidade humana, por argumentos de sigilo meramente patrimonialistas, que amesquinham a dignidade de um ser que é o mais frágil de toda essa relação, o nascido da reprodução assistida heteróloga. Nesse norte, a fim de buscar resolver o impasse pelos conflitos de princípios ora apresentados, Robert Alexy apresenta em sua Teoria dos Direitos Fundamentais que:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, 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 considerado 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. (ALEXY, 2008, p. 92)

Dessa forma, deve-se ter especial atenção ao definir qual direito prevalece na relação existente, através da ponderação, para essa reflexão acerca dos conflitos de direitos fundamentais, frisando-se que:

Quando se está a tratar dos direitos fundamentais afetos à personalidade individual e da possibilidade de coexistência de liberdades subjetivas num mesmo espaço de concretização jurídica, cabe compreender que a missão do intérprete -e do julgador, em última análise- é aplicar as diretrizes postas no ordenamento jurídico, visando uma composição de interesses que permita aos indivíduos conviver, com certa pacificação, em sociedade. Não se trata de uma tranquilidade absoluta de convivência, pois existem fatores de interferência nesse processo, mas da possibilidade de resolver conflitos concretos pela apresentação de razões seguras de fundamentação ao reconhecimento de precedência de um direito fundamental a outro. (CACHAPUZ, 2006, p. 149-150)

No Brasil, como já mencionado alhures, temos apenas a Resolução n. 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, que garante ao doador o seu anonimato, ressaltando casos de doenças genéticas. Todavia,

[...] hoje, existe uma corrente mundial que considera o anonimato do doador uma posição retrógrada que privilegia a construção da filiação sobre relíquias jurídicas, a exclusivamente biológica, própria de outros tempos, quando o legislador utilizava critérios restritivos sobre a matéria. (FERRAZ, 2011, p. 151)

Seguindo essa corrente, em recentíssima decisão, o Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* (BGH), em 28 de janeiro de 2015, reconheceu a possibilidade de o indivíduo concebido por reprodução heteróloga conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor:

Em decisão proferida no dia 28 de janeiro, o 12^a Senado Cível do conceituado tribunal, nos autos de processo oriundo do Tribunal de Hannover, reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, na qual o material genético não provém – total ou parcialmente – dos pais, mas de terceiro doador anônimo, conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor. [...] O Tribunal de Hannover aplicou por analogia a regra do § 63 I da *Personenstandsgesetz* (PStG), a lei sobre a origem pessoal, válida para os casos de adoção. Os menores, então, recorreram ao BGH por meio da *Revision* e o tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade. (FRITZ, 2015)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça Alemão é sem dúvida um divisor de águas sobre o tema, embora existam posicionamentos contrários, verifica-se que o Tribunal Alemão deixou claro que esse direito não é absoluto, visto que existem vários interesses em questão, motivo pelo qual a decisão deverá sempre pautar-se pelo caso concreto a ser analisado e ponderado.

Ademais, segundo a decisão em comento, o interesse legítimo referente ao direito ao anonimato do doador de sêmen decorre do direito à autodeterminação que “na expressão do tribunal, direito à autodeterminação informativa [...] – também de status constitucional, que lhe confere o poder de planejar e regular sua vida particular, o que inclui evidentemente o planejamento familiar” (FRITZ, 2015).

De outra banda, resta evidente, inclusive pela decisão alemã, que a quebra ou não do sigilo do doador dependerá do caso concreto, ou seja, da real necessidade demonstrada pelo requerente para conhecer sua identidade genética, não podendo o requerimento ser baseado unicamente por interesses patrimoniais, o que se repele eminentemente, visto que a presente pesquisa busca equiparar o direito à identidade genética como um direito da personalidade, sem almejar qualquer relação sucessória e patrimonial.

Assim, seguindo os ensinamentos de Alexy, na celeuma em questão não é possível introduzir cláusula de exceção, tendo em vista que deverá ser analisado o caso concreto, a fim de se apontar qual princípio se sobrepõe ao outro naquela situação singular.

Nota-se, que se está diante de uma colisão entre princípios, que, segundo o próprio Robert Alexy, deve ser assim resolvido: “O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses- que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 2008, p. 95)

Como visto, em razão de não haver hierarquia entre princípios constitucionais, a colisão entre eles deve ser solucionada através da prevalência de um sobre o outro, conforme o peso que cada um tem no caso posto em lide. Nesse lastro, refere Ferraz sobre o entendimento de Alexy:

Na concepção de Alexy, a ponderação observará uma lei de colisão e qual o princípio que será menos afetado quando não aplicado em detrimento de outro, em cada caso concreto, levando a necessidade de observar o princípio da universalidade, vedando que se outorgue tratamento diferente àqueles que se encontram em situações idênticas nos aspectos relevantes. (FERRAZ, 2011, p. 154)

Da mesma forma, a peculiaridade da colisão entre princípios deve ser destacada, uma vez que o princípio possui caráter *prima facie*, pois não contém um mandamento definitivo, tendo em vista que princípios representam razões que podem ser afastadas por razões opostas, isso porque, como já dito anteriormente, os princípios exigem a realização na maior extensão possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas.

Com efeito, “a forma pela qual deve ser determinada a relação entre a razão e a contra razão não é algo determinado pelo próprio princípio”, pois os princípios “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. (ALEXY, 2008, p. 104)

Assim, verifica-se que, num primeiro momento, está resguardado o direito do doador ao sigilo de sua identidade, em detrimento do direito da pessoa advinda dessas técnicas de reprodução em conhecer sua origem genética, uma vez que não há regulamentação no Brasil quanto a isso, ferindo o direito fundamental à informação e à personalidade do nascido dessas técnicas de reprodução artificial.

Nesse ponto, a pesquisa nos traz a busca pela ampliação/relativização da quebra de sigilo, considerando que a proteção do nascido dessas técnicas é o elo mais fraco dessa equação, motivo pelo qual deve ter prioridade. Embora as normas éticas existentes no Brasil digam o contrário, o direito comparado já deu o primeiro passo nesse sentido, como se viu na decisão do Superior Tribunal de Justiça Alemão. O Brasil também pode dar esse passo, relativizando os dispositivos éticos legais existentes, inclusive positivando-os, visto que a constitucionalização dos Direitos Fundamentais Civis nos dá essa possibilidade de modificação dos dispositivos legais ou uma ampliação na sua hermenêutica.

Portanto, conclui-se que o sigilo do doador não é um direito absoluto, visto que, atualmente, no Brasil, em caso de problemas de saúde, a identidade genética é revelada, mesmo que apenas para os médicos envolvidos, abrindo-se a possibilidade, através de pesquisas como essa, da aplicação da relativização das normas, a fim de garantir o direito fundamental de personalidade do nascido da reprodução artificial heteróloga em conhecer sua identidade genética.

Na verdade, para que se defina sobre a possibilidade de relativização do sigilo, será necessário demonstrar, no caso concreto, a real necessidade do requerente em conhecer sua identidade genética, não podendo o requerimento ser baseado unicamente por interesses patrimoniais, o que se repele eminentemente, visto que a presente pesquisa busca equiparar o direito à identidade genética como um direito da personalidade, sem almejar qualquer relação sucessória e patrimonial, o que, via de consequência, não traria nenhum óbice ao doador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho desenvolvido desfecha repercussões imediatas no Direito Civil, relativas, principalmente, à filiação, suscitando questões que refletem a grave e imensa dimensão da Reprodução Humana Assistida, uma matéria longe de ser totalmente regulada pelo nosso

ordenamento jurídico, porém, que diz respeito tão diretamente à vida do homem, à sua essência, seu começo e seu fim.

Nesse sentido é que o presente artigo buscou identificar, através da dignidade humana, consagrada em nossa Constituição Federal como direito fundamental, o direito à identidade genética como um direito da personalidade, previsto e protegido pelas normas constitucionais.

Isso porque, a temática principal aqui analisada é a de vislumbrar o direito à identidade genética como alargamento dos direitos da personalidade, verificando-se, pois, que é a tutela da personalidade que impõe o respeito a nossa própria intimidade, nos tornando seres individuais, seres diferentes entre si, com características próprias e direitos únicos a serem tutelados para cada um.

O trabalho identifica alguns problemas e algumas consequências que existem quando se analisa o direito à identidade genética na reprodução assistida heteróloga, visto que o ordenamento ético-jurídico vigente protege o sigilo do doador, o que, em tese, impediria o direito ao conhecimento da origem genética, sob pena de ir de encontro ao direito posto.

Ocorre que, embora haja essa proteção, este é justamente o papel do pesquisador, questionar, buscar e avançar quando se identifica uma fragilidade. Ora, não se pode negar um direito de personalidade, que está amparado pelo macroprincípio da dignidade humana, por argumentos de sigilo meramente patrimonialistas, que amesquinham a dignidade de um ser que é o mais frágil de toda essa relação, o nascido da reprodução assistida heteróloga.

Partindo-se da premissa que é necessário dar o máximo de concretude aos direitos, o problema da pesquisa é se, sob a ótica dos direitos fundamentais civis, há possibilidade de garantir ao indivíduo, advindo de reprodução artificial heteróloga, o seu direito à identidade genética, isso porque, como já dito acima, encontra-se o nascido dessas técnicas de reprodução totalmente desamparado em nosso ordenamento jurídico.

Para responder ao problema deste trabalho, verificou-se que o direito à identidade genética baseia-se na dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a pessoa tem direito a ter conhecimento de onde surgiu e quem lhe gerou a vida. Tal direito não se baseia somente em questões emocionais ou psicológicas, mas também médicas, uma vez que conhecer a identidade genética dá base ao indivíduo para conhecer eventuais doenças genéticas, propensões genéticas e demais questões ligadas à hereditariedade e DNA.

Por outro lado, o doador de material biológico para reprodução assistida somente doa, em regra, pela segurança do anonimato, que lhe garante, através de um contrato com a clínica de fertilização, que não terá nenhuma responsabilidade pelo ser gerado com seu material genético. Assim, não haverá ligação emocional, nem de direitos hereditários ou alimentares.

É nesse momento que nasce um conflito entre direitos fundamentais relacionados à personalidade do indivíduo, tanto do ser humano gerado pela reprodução assistida quanto do doador, posto que um quer saber sua origem genética (e nada mais) e o outro quer o sigilo de sua identidade.

Nesse ponto, a pesquisa nos traz a busca pela ampliação/relativização da quebra de sigilo, considerando que a proteção do nascido dessas técnicas é o elo mais fraco dessa equação, motivo pelo qual deve ter prioridade. Embora as normas éticas existentes no Brasil digam o contrário, o direito comparado já deu o primeiro passo nesse sentido, como se viu na decisão do Superior Tribunal de Justiça Alemão alhures tratado. O Brasil também pode dar esse passo, relativizando os dispositivos éticos legais existentes, visto que a constitucionalização dos Direitos Fundamentais Civis nos dá essa possibilidade de modificação dos dispositivos legais ou uma ampliação na sua hermenêutica.

Portanto, conclui-se que o sigilo do doador não é um direito absoluto, visto que, atualmente, no Brasil, em caso de problemas de saúde, a identidade genética é revelada, mesmo que apenas para os médicos envolvidos, abrindo-se a possibilidade, através de pesquisas como essa, da aplicação da relativização das normas, a fim de garantir o direito fundamental de personalidade do nascido da reprodução artificial heteróloga em conhecer sua identidade genética, desde que demonstrado no caso concreto a real necessidade do requerente em conhecer sua identidade genética.

Importante destacar que não pode o requerimento ser baseado unicamente por interesses patrimoniais, o que se repele eminentemente, visto que a presente pesquisa busca equiparar o direito à identidade genética como um direito da personalidade, sem almejar qualquer relação sucessória e patrimonial, o que, via de consequência, não traria nenhum óbice ao doador, somente benefícios ao nascido dessas técnicas reprodutivas.

Destarte, a importância do presente trabalho encontra-se na possibilidade de contribuir com o reconhecimento do direito à identidade genética do indivíduo advindo da

reprodução artificial heteróloga, buscando determinar a abrangência desse direito nas relações familiares, assim como garantir a tutela e proteção deste direito fundamental.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009, 182 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina: banco de dados. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 30 set 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 nov 2019.

_____. Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19_1.htm>. Acesso em: 10 jul 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente: banco de dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 jan 2019.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 230p.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, 303p.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e o origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2011, 236 p.

FLYNN, Jhonn. **Paternidade anónima – doação de esperma**. Disponível em: <http://www.medicoscatolicos.pt/images/pdf/revista_acao_medica/2010/junho2010.pdf>. Acesso em: 07 jul 2015.

FRITZ, Karina Nunes. **Tribunal alemão reconhece direito à identificação do doador de sêmen.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-16/direito-civil-atual-tribunal-alemao-reconhece-identificacao-doador-semen>>. Acesso em: 24 mar 2015.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva: 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos de personalidade.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, 234p.

IBDFAM. **Procriações Assistidas.** Minas Gerais, ed. 15, outubro 2014, 15p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. *In* IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REIS, Rafael Luís Vale. **O direito ao conhecimento das origens genéticas.** Portugal: Coimbra, 2008.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SAÚDE DO TRABALHADOR: A VALORIZAÇÃO DO SER HUMANO OU O HOMEM COMO MÁQUINA

Rafaela Berton Bristott¹

RESUMO: Num mundo pautado pelo sistema capitalista, onde tudo ou quase tudo gira em torno do capital, deve-se fazer uma análise crítica sobre a valorização do ser humano e sua mão-de-obra. Nesse intuito a necessidade de buscar a fiscalização do meio ambiente de trabalho e o cumprimento pelos empregadores da legislação e das Normas Regulamentadoras, bem como, o respeito aos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, mais especificamente, que respeitem e garantam condições de segurança, integridade física e saúde ao trabalhador, buscando a prevenção e precaução de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Os acidentes de trabalho são caracteristicamente de fácil detecção pelo legislador, haja vista, serem acidentes ocorridos no decorrer do desenvolvimento das atividades laborais ou no percurso. No entanto, as doenças ocupacionais iniciam, na maioria dos casos, silenciosamente, acometendo a saúde do trabalhador e suas atividades básicas diárias. Ocorre que os diagnósticos das doenças ocupacionais ainda são precários dificultando o reconhecimento da doença e o tratamento adequado e, ainda, os trabalhadores sendo desvalorizados ou descartados pelos empregadores no momento em que tomam conhecimento do acometimento pela doença. Nesse sentido, o dever do empregador de proporcionar as condições minimamente ergonômicas para o desenvolvimento das atividades laborais e o respeito aos direitos fundamentais trabalhistas, faz-se basilar para resguardar ao trabalhador um meio ambiente de trabalho que respeite a segurança e saúde do profissional obreiro.

Palavras-chave: Trabalhador. Ergonomia. Meio ambiente de trabalho. Doença ocupacional. Acidente de trabalho.

1. INTRODUÇÃO

As transformações que vem ocorrendo nos mais diversos aspectos da sociedade nas últimas décadas, acarretam, também, relevantes modificações nos direitos trabalhistas. O Direito do Trabalho foi se alterando no decorrer dos anos com as reivindicações pelos empregados em busca de direitos e garantias fundamentais para o seu bem-estar e da sociedade, bem como, para assegurar boas condições de saúde e segurança no meio ambiente de trabalho. Em decorrência das alterações trazidas pelo próprio ser humano, a ciência jurídica, da mesma forma, se adequou e vem se adequando, com os atuais

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED em 2014 e Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus em 2017. Aluna do curso de Pós-graduação Lato Sensu, da modalidade à distância em Higiene e Segurança do Trabalho. Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, da modalidade à distância em Higiene e Segurança do Trabalho da Verbo Educacional Ltda.

desenvolvimentos da classe dos trabalhadores e empregadores, sendo assim, influenciada por esses.

O direito é o meio pelo qual se estabelecem normas de condutas para um bom “andamento” da sociedade e do trabalho. Busca através dos princípios e valores formar leis que disciplinem as ações do ser humano, buscando por meio de fiscalização que as mesmas sejam cumpridas. Assim, diante das transformações ocorrentes na sociedade em geral é necessário que o ordenamento jurídico siga os mesmos parâmetros, evoluindo e se transformando de acordo com os novos paradigmas.

Trata-se de um trabalho que tem a pretensão de abordar a necessidade de medidas preventivas e a precaução para abolir ou diminuir os casos de acidente de trabalho e doenças ocupacionais, bem como, a necessidade da conscientização dos empregadores em resguardar condições básicas para que o trabalhador possa desempenhar suas atividades sem correr grandes riscos para sua saúde e segurança.

O presente trabalho trata de um tema complexo que deve ser apreciado de forma clara e objetiva, diante das especificidades do Direito do Trabalho, buscando preservar e resguardar os direitos trabalhistas. Portanto, a presente pesquisa pretende contribuir para a construção de uma análise crítica do tema abordado.

2. HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO E O SURGIMENTO DA ERGONOMIA

O surgimento do Direito do Trabalho deu-se com a Revolução Francesa em 1789, quais foram os primeiros a reconhecer esses direitos econômicos e sociais, impondo ao Estado, meios para que o trabalhador desempregado auferisse sua subsistência. No decorrer dos anos com a Revolução Industrial, o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho se desenvolveram e aprimoraram, pois, os trabalhadores passaram a reunir-se para reivindicar melhores condições de trabalho.

Os paradigmas da jornada de trabalho alteraram-se no transcorrer dos anos, principalmente, foram influenciados por mudanças de pensamentos trazidos pela própria sociedade, novas formas de pensar sobre o âmbito cultural, social, histórico, econômico e político tiveram grande influência nas transformações do Direito do Trabalho e a valorização das leis trabalhistas. Assim, o Direito do Trabalho passou a exercer papel mais relevante com

as mudanças ocorridas, no tocante a valorização do trabalho realizado pelos obreiros e do tempo que este despende na realização do mesmo.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras e importantes alterações, principalmente na proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Considerando o art. 7º que traz em seu texto, a proteção de uma série de direitos laborais, nesse sentido ampliando constitucionalmente esses direitos a fim de satisfazer e atender “as necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...]”, bem como, o controle da jornada de trabalho para que este possa ter convívio social e familiar. Corroborando, a Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis Trabalhistas e as Leis específicas, primordialmente, buscam garantir a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

O uso do trabalho humano esteve presente desde os primórdios da história da humanidade. A mão-de-obra humana sempre foi utilizada e muito explorada desde a antiguidade. Na fase primitiva da história da saúde do trabalhador, o homem percebeu que havia uma ligação entre o ato de trabalhar e o processo de adoecimento, o qual ocorre com o advento da medicina ocidental, surgida na Grécia aproximadamente seis séculos antes de Cristo, com Hipócrates.

No Século II, em Roma, foi dando ênfase a saúde do trabalhador devido as serias consequências sofridas por trabalhadores em minas de cobre e, também, graves problemas de saúde que escravos e ferreiros desenvolveram devido as condições precárias de trabalho, submetidos a excesso de poeira. No Século XVI, questões relacionadas a saúde do trabalhador despertam interesse, haja vista as descobertas marítimas, o mercantilismo, a evolução comercial e o crescimento econômico. A partir da Revolução Industrial, o adoecimento dos trabalhadores em virtude da grande escala de produção cresceu significativamente, tornando-se um problema social, surgindo assim, as instituições sindicais na finalidade de proteger e assegurar melhores condições de trabalho.

O ilustre médico italiano Bernardino Ramazzini, ouviu diversos pacientes com suas queixas relacionadas ao trabalho, fez estudos e, no ano de 1700, publicou a obra “As doenças dos Trabalhadores”, abordando doenças relacionadas a cinquenta e duas diferentes profissões. A obra 300 (trezentos) anos após foi publicada novamente, devido a relevância

na atualidade, sendo considerado o “pai da medicina do trabalho”. Conforme dispõe Nascimento.²

A medicina do trabalho estuda os meios preventivos e reparatórios da saúde do trabalhador, sendo considerado seu iniciador Bernardino Ramazzini, na Itália, em 1633, a quem devem os aforismos “mais vale prevenir do que remediar” e “todo trabalho torna-se perigoso se praticado em excesso”.

Os estudos sobre as doenças ocupacionais que acometiam os trabalhadores foram feitos de maneiras precursoras por ilustres estudiosos, que passaram a desenvolver pesquisas sobre o ambiente do trabalho, a essência do trabalho, a capacidade humana e a utilização das forças.

Na busca de estudos mais aprofundados, surgiu a ergonomia como uma ciência que tem a intenção de trazer melhorias às questões relacionadas ao ambiente ocupacional e aos trabalhadores, surgindo à preocupação maior de como a sua ocupação irá refletir na sua saúde física e psíquica, pois envolvem questões emocionais e organizacionais, uma vez que o ambiente laboral tende ser favorável para o trabalhador, garantindo que o trabalhador não tenha adoecimento.

A ergonomia é o estudo científico entre o homem e o trabalho, seus meios, métodos, seus equipamentos e espaço de trabalho, baseando-se em conhecimentos de outras áreas para inserir melhorias no trabalho através de novos métodos e técnicas. As principais áreas científicas envolvidas com a ergonomia são a antropométrica, biomecânica ocupacional, anatomia, fisiologia do trabalho, psicologia do trabalho, desenho industrial, toxicologia e informática. A partir do estudo das características do trabalhador são realizadas análises ergonômicas visando proteger a tarefa que o trabalhador vai realizar, fazendo ajustes a partir da sua capacidade e limitação, com o intuito de preservar a saúde, a segurança, a satisfação e a eficiência do trabalhador.

O conhecimento da estrutura e das funções dos órgãos do corpo humano são realizados através da antropometria, biomecânica e fisiologia, são fatores que visam a real concepção das tarefas possíveis de serem realizadas por determinados trabalhadores e suas limitações, reconhecendo aspectos como postura, movimentos corporais, trabalhos em pé ou sentado, efeitos na visão e audição, e, ainda, cargos ou tarefas que este trabalhador está habilitado para realizar. De igual forma, a engenharia e arquitetura realizam projetos para melhorar a

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 320-321.

estrutura de edificações, equipamentos, mirando o conforto e a segurança no desenvolvimento das atividades. Enquanto a administração e a engenharia de produção buscam operacionalizar os horários de trabalho, tempo de intervalo e pausas necessárias para o organismo se recuperar de certas atividades, além da automatização mais viável.

No Brasil, foi elaborada a Norma Regulamentadora 17, qual foi publicada pela Portaria GMN nº 3.214 de 08 de junho de 1978 – com atualizações, sendo a última portaria SIT nº 13 de 21 de junho de 2007, a qual estabelece que o empregador deve proporcionar condições mínimas de trabalho para poder analisar as características biopsicofisiológicas dos empregados.

A relevância do cumprimento das legislações pelas empresas e empregadores, torna-se fator preponderante para o desempenho eficiente das funções desenvolvidas pelos seus trabalhadores, uma vez adotadas as medidas ergonômicas funcionais nos ambientes do trabalho os resultados positivos ocorrem por consequência, através da redução de esforços desnecessários e cansativos, do desconforto de um equipamento inadequado, do cansaço extremo devido à sobrecarga, postura inadequada ou movimentos repetitivos.

De acordo com Gemignani, Tereza; Gemignani, Daniel³, a prevenção é a garantia para o sucesso do empregador e a qualidade de vida, bem-estar do trabalhador no ambiente de trabalho, conforme defendem:

No início do século passado o médico Oswaldo Cruz atuou intensamente para vencer resistências e propagar a ideia de que era melhor prevenir doenças do que tentar curar as que podiam ser evitadas. A conhecida guerra da vacina-lhe trouxe muitos dissabores, mas deixou seu nome ligado a importante mudança de paradigma, que conferiu um salto de qualidade na vida do brasileiro.

[...]

Neste contexto, ante a evidente insuficiência da regulação jurídica meramente reparatória da lesão já ocorrida, chega com força a ideia de ser necessário atuar com precaução e bom senso na prevenção dos conflitos, mediante a formatação de um novo padrão de normatividade em relação as questões que tratam do meio ambiente de trabalho.

Seguindo o entendimento, a perspectiva da ergonomia evidencia que a reparação do dano já ocorrido é prejuízo, podendo ser evitado significativo número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, pois o gasto na prevenção é investimento e não custo, sendo que traz mais segurança para o exercício da atividade econômica e melhor qualidade

³ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio Ambiente de Trabalho – Prevenção e Prevenção – Princípios norteadores de um novo padrão normativo. Revista Magister de Direito do Trabalho. – Porto Alegre: Magister. v. 47. mar./abril. 2012. p. 71.

de vida para o trabalhador. O investimento na prevenção traz como resultados o desempenho melhor das tarefas, a diminuição de ausências no trabalho em virtude de acidentes ou doenças profissionais; aumento da produtividade e rentabilidade através da maior eficiência produtiva e redução dos custos operacionais. Além de, redução dos gastos pelo Poder Público com a saúde e seguridade social do trabalhador.

Com base nos dados levantados por estudos e pesquisas resta evidente, que a economia capitalista e os corporativismos instituídos, geram uma demanda de produção em grande escala, sendo muitas vezes o trabalhador tratado como máquina, fenômeno este que anda na contramão dos conceitos da ergonomia e ocasionam doenças ocupacionais e acidentes de trabalho.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO RELACIONADOS À SAÚDE E SEGURANÇA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Os princípios norteadores do Direito do Trabalho pretendem fazer uma ligação entre a lei “fria” e as situações concretas, as quais tem se modificado no decorrer do tempo. Estes, trazem subsídios para uma análise individualizada de cada caso concreto, envolvendo particularidades, contexto moral, religioso e político de cada período, buscando sempre a proteção da parte hipossuficiente.

Martins⁴, sustenta:

Princípios são *standards* jurídicos. São gerais. As normas são atinentes, geralmente a uma matéria.

Têm os princípios grau de abstração muito maior do que o da norma. São as normas gerais, visando ser aplicadas para um número indeterminado de atos e fatos, que são específicos. Não são editadas para uma situação específica. Os princípios servem para uma série indefinida de aplicações.

[...]

Os princípios diferenciam-se das regras por vários aspectos. As regras estão previstas no ordenamento jurídico. Os princípios nem sempre estão positivados, expressos no ordenamento jurídico, pois em alguns casos estão implícitos nesse ordenamento, contidos em alguma regra. Decorrem os princípios de estimativa ética e social.

A evolução social e a busca por assegurar melhores condições de trabalho foram inseridas na Consolidação das Leis Trabalhistas com o objetivo de regulamentação ampla dos aspectos essenciais do Direito do Trabalho, sob o ponto de vista dos princípios e das

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. – 32. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.

normas constitucionais, englobando os interesses de todos os trabalhadores e empregadores, as características culturais, mudanças sociais e a proteção dos direitos trabalhistas.

Princípio fundamental em todos os ramos do direito, sobretudo que no Direito do Trabalho pode-se dizer que é o principal princípio, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana traz uma reflexão sobre o valor do ser humano perante a sociedade. Este princípio funciona como forma de concretização dos direitos e garantias fundamentais, direitos tais, que se encontram elencados na legislação pátria.

O respeito à dignidade é um princípio constitucional, previsto na Constituição Federal de 1988⁵, conforma transcrito em seu artigo 1º, inciso III:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se como Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

Cabe salientar, que a dignidade da pessoa humana veio a ser sacramentada no ordenamento jurídico na Constituição Federal de 1988, estando expressa na lei. A dignidade como princípio veio para rebuscar o respeito ao ser humano, sendo está imprescritível na sociedade do Século XXI, ou seja, democrática de direitos.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está diretamente ligado aos Direitos Humanos, pois visa à proteção de todos os membros, a igualdade de todas as pessoas. O Estado tem o dever de dar garantia a este princípio ou dar garantia as condições que representem a dignidade humana.

Diante da chegada do capitalismo e pela falta de normas regulamentadoras trabalhistas, a exploração de mão-de-obra se oferecia por salários muito baixos e, em compensação, jornada de trabalho muito extensa, utilizando inclusive mão-de-obra de mulheres e crianças, pois estes recebiam remuneração ainda mais baixa que a dos homens.

Assim, é indiscutível a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para que sejam assegurados os Direitos Fundamentais, considerando a proteção da pessoa como ser de direitos e deveres, os quais devem ser resguardados.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

A dignidade da pessoa humana, da mesma forma, tem a intenção de proporcionar que o ser humano tenha um ambiente agradável, harmonioso, garantindo o bem-estar emocional dos seus componentes, visando o seu desenvolvimento pleno e saudável.

Da mesma forma, o Princípio da Proteção pode ser considerado entre um dos principais princípios do Direito do Trabalho. Visando que a mão-de-obra do trabalhador é essencial, o princípio da proteção, busca assegurar e resguardar os direitos do obreiro, uma vez que evidente a disparidade de forças entre empregador e empregado.

Corroborando, o entendimento do ilustre doutrinador Sérgio Pinto Martins⁶, qual aduz que o princípio da proteção visa equilibrar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, para que o menos favorecido tenha superioridade jurídica. O autor ainda afirma que “O princípio protetor pode ser uma forma de justificar desigualdades, de pessoas que estão em situações diferentes. O princípio protetor protege o empregado e não qualquer trabalhador”.

Corroborando, os Princípios da Precaução e Princípio da Prevenção. O primeiro, “consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança⁷”. Já o segundo, busca adoção de medidas que possam evitar que determinado dano ocorra, reduzindo ou eliminando as chances de situações de risco acontecerem, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

O Princípio da Precaução almeja a cautela, zelo e cuidado, na idealização da prevenção dos riscos, visando precaver-se para que sejam evitados possíveis danos no desenvolvimento das atividades laborais. Nesse sentido entendem GEMIGNANI⁸ que “a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto”.

Os princípios devem encontrar condições favoráveis para serem aplicados no meio ambiente de trabalho. Os quais devem ser aplicados em condições equilibradas de saúde e segurança, pois caso não sejam garantidos pelo empregador, este, viola, de igual forma, o princípio da boa-fé objetiva e não cumpre a função social do contrato de trabalho.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. – 32. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133.

⁷ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. *Meio Ambiente de Trabalho – Precaução e Prevenção – Princípios norteadores de um novo padrão normativo*. Revista Magister de Direito do Trabalho. – Porto Alegre: Magister. v. 47. mar./abril. 2012. p. 63.

⁸ GEMIGNANI op. cit. 2012. p. 64.

4. ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS: DA ORIGEM AO DIAGNÓSTICO E CONSEQUÊNCIAS

As doenças ocupacionais não vêm recebendo a devida importância, das quais são feitos subdiagnósticos e não identificadas como relacionadas ou prejudicadas por más condições de trabalho. Dessa forma, falta o reconhecimento da doença e o seu tratamento adequado, o reconhecimento legal e jurídico com implicância na busca e aquisição do benefício que o trabalhador tem direito. As doenças do trabalho são consideradas epidemias, pois, não ocorrem isoladas e quase sempre são evitáveis.

Sobre as principais causas de morte nos últimos 20 anos, surgem dúvidas referentes ao surgimento ou agravamento de doenças cardiovasculares diretamente relacionados ao trabalho. Também, muitos trabalhadores podem ter perdido suas vidas por exposição a agentes cancerígenos, sem que tenham sido reconhecidos esses fatores. Devido ao diagnóstico primitivo, falta dele ou ainda quando o estado de saúde está muito agravado, dificulta a tomada de medidas terapêuticas adequadas.

A vigilância epidemiológica em doenças ocupacionais tem relevante função inerente aos subdiagnósticos e ao levantamento de dados e estatísticas que buscam promover estudos e discussões referentes à promoção da saúde do trabalhador. Assim como, tem mostrado eficácia, os Programas de Saúde do Trabalhador, quando bem aplicados. Pois, apesar de ter surgido algumas melhorias, é necessária maior agilidade na construção de uma base de dados sobre a completa e verdadeira situação de saúde dos trabalhadores, para implementar efetivos planos de prevenção e redução dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

O acidente de trabalho é considerado quando ocorre no local do trabalho ou em virtude dele, o qual provoca lesão corporal, redução ou perda temporária ou permanente da capacidade de trabalho e até mesmo a morte. O acidente de trabalho está disposto no artigo 19 da Lei 8.213/91 sendo “o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei”, e ainda, como consequência “provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

As doenças ocupacionais são consideradas acidente de trabalho e acomete o empregado em virtude das atividades laborativas, podendo ser doenças profissionais, que

decorrem de situações comuns de determinada categoria profissional, ou doenças de trabalho, quais se desenvolvem e estão relacionadas às condições do ambiente de trabalho.

Determinados problemas de saúde podem estar relacionados à execução de atividades laborais. Para que um problema de saúde seja considerado uma doença ocupacional, o trabalho deve ter causa e efeito específico na situação. Algumas doenças surgem após 10 (dez) ou 15 (quinze) anos de trabalho e causam sérias consequências levando trabalhadores a não terem condições de voltar para o trabalho e nem mesmo desempenhar as atividades básicas de sobrevivência.

De acordo com levantamento de dados, as dez principais doenças que podem ser desenvolvidas no trabalho são antracose (lesão pulmonar); bisinose (doença causada pela poeira das fibras de algodão); surdez temporária ou definitiva (exposição a ruídos constantes); dermatose ocupacional (causada ou graxa ou óleo mecânico); câncer de pele; siderose (partículas de ferro que prejudicam os brônquios); catarata; doenças por função (contaminação por produtos orgânicos); doenças psicossociais (carga horária excessiva, pressão no trabalho e estresse) e, LER/DORT (Lesão por esforço repetitivo e Distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho).

Um dos principais locais em que se verificam grande número de empregados acometidos por LER/DORT, são na indústria de abate de aves, suínos e bovinos, ou seja, nos frigoríficos. A pressão por grande produtividade e as extensas jornadas de trabalho, além da temperatura dos frigoríficos ser muito menor do que a temperatura em que o ser humano está acostumado, pode gerar inúmeros prejuízos a saúde do obreiro, podendo inclusive, caso esteja exposto a temperaturas extremas, ser levado ao óbito.

O elevado desgaste ao trabalhador ocasionado pelo grande número de movimentos repetitivos é o principal causador das doenças osteomusculares, pois há funcionários de frigoríficos que chegam a realizar 120 (cento e vinte) movimentos diferentes em apenas 60 (sessenta) segundos, enquanto estudos ergonômicos apontam que o limite seria de 25 a 33 movimentos por minuto para que fossem evitados os riscos de o trabalhador ser acometido por problemas de saúde. Ademais, ainda a exaustão em que os empregados ficam expostos é ainda mais grave, uma vez que estão em contato direto com facas, serras e outras ferramentas afiadas.

O tratamento do trabalhador acometido pelas doenças em virtude do esforço excessivo e movimentos repetitivos pode ser longo, até mesmo em diversos casos não

podendo reverter os efeitos da doença na saúde do trabalhador, tendo este, dificuldades inclusive para desempenhar as suas atividades diárias.

Ademais, todos esses fatores que levam o trabalhador as doenças ocupacionais ou acidente de trabalho, ainda podem desencadear graves danos à saúde psicológica do trabalhador, sendo alguns dos problemas o estresse, transtorno de ansiedade, transtorno de estresse pós-traumático, Síndrome de *Burnout*, depressão, alcoolismo, suicídio e morte súbita. Dessa forma, evidencia-se a necessidade da prevenção e precaução das doenças e acidentes do trabalho, bem como, o tratamento correto em caso de o trabalhador já estar acometido pelos mesmo.

5. A BUSCA PELO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO, A FISCALIZAÇÃO E A PUNIÇÃO

Diversos órgãos buscam resguardar condições básicas de saúde e vigilância das normas regulamentadoras e legislação aos trabalhadores, na intenção de que todos tenham um trabalho decente. Nesse sentido, o trabalho da Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, sendo essencial o respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho; a promoção do emprego de qualidade; extensão da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social. A Organização busca promover a igualdade de direito entre homens e mulheres, implementando políticas sociais importantes que resguardem o desenvolvimento sustentável.

No mesmo segmento, o Ministério do Trabalho visa resguardar e prevenir riscos e danos à vida e à saúde dos trabalhadores, através de políticas públicas e ações de fiscalização nos ambientes de trabalho, como forma de prevenir que ocorram acidentes e doenças de trabalho, realizando inspeção dos ambientes, condições e processos de trabalho.

O Dia Mundial de Segurança e Saúde do Trabalho é comemorado no dia 28 de abril desde o ano de 2003, o dia busca demonstrar a extrema relevância da prevenção e zelo durante o exercício do trabalho por parte dos empregadores e empregados, bem como, de toda a sociedade. Nesse contexto, o Ministério do Trabalho através da SIT – Secretaria de Inspeção do Trabalho, desenvolveu a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do

Trabalho – CANPAT, visando à sensibilização de todos para a necessidade da prevenção de acidentes e doenças do trabalho, pois além de ocasionar a morte de trabalhadores, afastamentos do trabalho em virtude da incapacitação, a OIT estima gastos de 4% (quatro por cento) do PIB com tais fatores, somente no Brasil ultrapassando o valor de R\$200 (duzentos) bilhões de reais/ano⁹. Corroborando, Frediani¹⁰ transcreve:

Segundo informações oficiais da Previdência Social, cerca de 900 trabalhadores, diariamente entram em gozo de auxílio-acidente por período superior a 15 dias e, aproximadamente, 50 trabalhadores deixam suas atividades laborais em virtude de incapacidade permanente ou morte.

[...]

As questões acidentárias no universo do trabalho tomaram uma proporção tão grande e grave que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) instituiu, a partir de 2001, o dia 28 de abril como o Dia Mundial pela Saúde e Segurança do Trabalho, tendo o Brasil, a partir do exercício de 2003, incorporado referida data em seu calendário

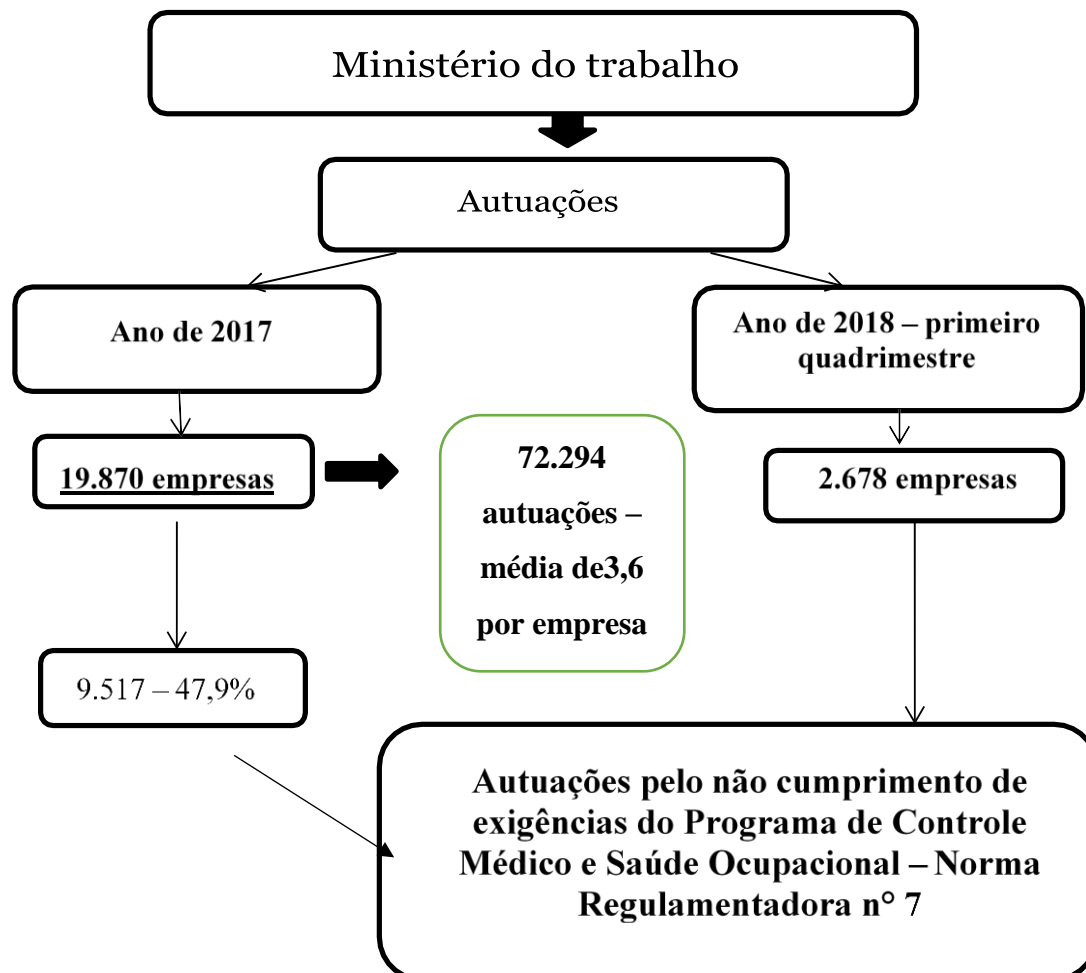
Diante de tais considerações, imprescindível a conscientização de empregadores e trabalhadores, responsáveis pela garantia de um meio ambiente do trabalho saudável e seguro, visto que este guarda relação direta com os inúmeros aspectos da segurança e medicina do trabalho.

A Norma Regulamentadora nº 7 estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação de Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, com objetivo de promoção e preservação da saúde dos trabalhadores. O programa tem caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos a saúde relacionados ao trabalho.

⁹ Campanha Nacional de Acidentes do Trabalho 2018. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/5889-quase-20-mil-empresas-autuadas-por-irregularidades-na-prevencao-a-acidentes-do-trabalho-em-2017>>. Acesso em: 05 jun 2018.

¹⁰ FREDIANI, Yone. Acidente de Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. Revista Magister de Direito do Trabalho.– Porto Alegre: Magister. v. 53. mar./abr. 2013. p. 66-67.

De acordo com o Ministério do Trabalho no ano de 2017, 19.870 (dezenove mil oitocentos e setenta) empresas foram autuadas devido ao descumprimento às normas de proteção à saúde do trabalhador¹¹.



Ao buscar uma forma de resguardar as condições básicas de segurança e medicina do trabalho, foram criadas as Normas Regulamentadoras, que buscam estabelecer a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte dos empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativos e Judiciário, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde dos seus trabalhadores.

¹¹ Segundo CANPAT – 2018 – Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/5889-quase-20-mil-empresas-autuadas-por-irregularidades-na-prevencao-a-acidentes-do-trabalho-em-2017>>. Acesso em: 05 jun 2018.

O PCMSO busca resguardar a saúde dos trabalhadores, estabelece que médicos e seguranças do trabalho estejam presentes nas empresas e obriga a realização de exames médicos na admissibilidade, periódicos, em torno de uma vez ao ano, quando o empregado está afastado do trabalho e no retorno, ou em caso de troca de setor, função, cargo, buscando verificar se o trabalhador tem condições físicas e psicológicas para o labor.

A Constituição Federal de 1988, assegurou no artigo 7º da Carta Magna os direitos dos trabalhadores, que visam a proteção da saúde e segurança dos obreiros, conforme bem descreve Boucinhas Filho¹²:

Fato é que a proteção jurídica à segurança e à saúde do trabalhador ganhou *status* Constitucional com a promulgação da atual Carta Magna que, em seu art. 7º, incluiu, entre os direitos elementares dos trabalhadores urbanos e rurais brasileiros, “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de segurança e saúde no trabalho”. Esse preceito recepcionou as diversas normas legais e infralegais de proteção ao trabalhador então existentes, em particular em razão de a clareza do *caput* do dispositivo mencionado evidenciar que as normas ali entabuladas são garantias mínimas, porquanto são direitos dos trabalhadores, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004 ocorreu à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, através da inovação dada à redação do artigo 114¹³ da Constituição Federal de 1988. A nova redação estabeleceu que as ações oriundas de relações de trabalho serão de competência para o processamento e julgamento, da Justiça do Trabalho. Dessa forma, o trabalhador sendo acometido por doença ocupacional ou tendo ocorrido acidente de trabalho qual o deixou incapacitante, mesmo que parcial, este poderá

¹² FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. Reflexões sobre as Normas da OIT e o Modelo Brasileiro de Proteção à Saúde e à Integridade Física do Trabalhador. Revista Magister de Direito do Trabalho. – Porto Alegre: Magister. 2013.

¹³ **Art. 114.** Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

requerer junto ao INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, o benefício referente ao fato, qual seja, o acidente de trabalho ou doença ocupacional e, posteriormente, buscar a responsabilidade e reparação material e/ou moral na Justiça do Trabalho.

A culpa do empregador pode ser caracterizada pela conduta culposa e o descuido com a proteção da integridade física do empregado, devendo esta, ter providenciado a eliminação ou atenuação das condições que eventualmente podem concorrer com o fator de instalação da possível patologia que acometerá o trabalhador.

Nesse sentido, inserir normas de conduta pelos Princípios da Precaução e Prevenção fortalece o cumprimento e confere ao direito do trabalho maior determinação para lidar com os novos desafios, fazendo valer o Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais. Uma vez que os direitos fundamentais devem ser entendidos e perceptível como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de o empregador oferecer métodos de prevenção e precaução de acidentes de trabalho e doenças profissionais é de extrema relevância e inquestionável, demonstrando o zelo pela saúde e segurança para com seus empregados. Sendo ressalvadas tais diretrizes, ao empregador serão positivos os resultados em médio prazo, haja vista, a adoção de medidas protetivas aos seus empregados, almejando a supressão de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, tendo como consequência a preservação da integridade física e mental de seus empregados e a redução de pedidos de indenização delas resultantes.

Torna crível demonstrar que há diversas normas que visam coibir a prática de ações que promulguem acidentes de trabalho e doenças ocupacionais e abolir os riscos pelas más condições nos ambientes de trabalho. No entanto, necessita-se de uma fiscalização mais rigorosa por parte dos Órgãos competentes para que a legislação e as normas sejam cumpridas pelos empregadores e suas empresas, bem como, que sejam realizadas práticas na finalidade de informar os trabalhadores dos riscos decorrentes da má utilização de equipamentos, entre outros diversos utensílios que colocam em risco a saúde e segurança do empregado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.
- FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. Reflexões sobre as Normas da OIT e o Modelo Brasileiro de Proteção à Saúde e à Integridade Física do Trabalhador. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. – Porto Alegre: Magister. v. 53. mar./abr. 2013.
- FREDIANI, Yone. Acidente de Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. – Porto Alegre: Magister. v. 53. mar./abr. 2013.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio Ambiente de Trabalho – Prevenção e Prevenção – Princípios Norteadores de um Novo Padrão Normativo. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. – Porto Alegre: Magister. v. 47. mar./abr. 2012.
- Manuais de Legislação Atlas. **Segurança e Medicina do Trabalho**. – 77ª ed. – São Paulo, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. – 32. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. – 38. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/agencia/oit/>>. Acesso em: 05 jun 2018.
- TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 7 ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERGOVERNAMENTAIS COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DO FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS POTENCIALIDADES DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Renata Hellwig Ferreira¹

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a gestão associada de serviços públicos pelos entes federados através dos contratos públicos intergovernamentais, notadamente, os consórcios públicos, à luz do federalismo cooperativo. Isso porque, o federalismo de cooperação é o modelo adotado pelo Brasil ante a existência de competências materiais comuns entre os entes da federação. Assim, tais relações intergovernamentais permitem a associação de esforços para a gestão de serviços públicos, conforme dispõe o próprio texto constitucional, através dos convênios e consórcios públicos, quais sejam instrumentos de natureza jurídica contratual. Com isso, fazendo-se uma análise dos consórcios porque realizados necessariamente pelos entes federados, foi possível verificar as potencialidades através de seus instrumentos de atuação, o contrato de rateio e o contrato de programa, pelo que se depreende que este permite a efetiva gestão associada de serviços públicos.

Palavras-chave: Federalismo de Cooperação. Gestão Associada. Serviços Públicos. Consórcios Públicos.

1. INTRODUÇÃO

O federalismo é a forma de organização política adotada pelo Estado brasileiro, consoante expresso na Constituição Federal². O modelo de federação adotado pelo Brasil originou no campo do direito os estudos acerca das relações interfederativas, bem como dos instrumentos existentes e das possibilidades de gestão intergovernamental.

Assim, a pesquisa ora realizada tem o objetivo de analisar a gestão intergovernamental para a prestação de serviços públicos de forma associada no Brasil, a partir da contratualização administrativa, concebida em sentido amplo, com fulcro no federalismo de cooperação, analisando-se especialmente as potencialidades dos consórcios públicos como instrumentos fundamentais para essa gestão cooperada.

Para tanto, a partir da problemática apresentada, desenvolve-se a descrição teórica da pesquisa, mediante análise do federalismo brasileiro e do modelo cooperativo adotado, que

¹Advogada (OAB/RS 89.639). Procuradora Municipal. Graduada em Direito (UFPel). Pós-graduada em Direito do Estado e em Gestão Pública (UFRGS), em Advocacia Pública (IDDE/IGC-Universidade de Coimbra) e em Filosofia (UFPel). E-mail: contato@rhf.adv.br.

² Art. 1º, *caput*, da CF dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” (...).

embasa as relações intergovernamentais e, por consequência, a gestão cooperada, o que poderá ser verificado pelos dispositivos constitucionais que dispõem acerca das competências comuns na prestação de serviços públicos, bem como as normas expressas na Constituição Federal sobre a gestão associada desses serviços.

Ademais, será investigada a contratualização administrativa como instrumento de gestão associada de serviços públicos, mediante a análise teórica da natureza jurídica dos ajustes administrativos interfederativos existentes no Brasil, com foco nos consórcios públicos e suas potencialidades, mediante análise de seus instrumentos, notadamente o contrato de rateio e o contrato de programa.

Por fim, analisam-se as conclusões da pesquisa, bem como se procede a recomendações, a fim de aperfeiçoar a utilização do instrumento estudado para a finalidade a que se destina, sob a ótica ora analisada, consoante verificado nas referências utilizadas no presente trabalho.

2. O FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO E A GESTÃO ASSOCIADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

A Constituição Federal adotou como forma de Estado a federação, consoante dispõe o seu art. 1º, *caput*³. Conforme se depreende da doutrina, “forma de Estado é o modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza, em termos de coordenação e subordinação e quanto ao povo e ao território que ficam sujeitos a um ou a mais de um poder político” (Miranda, 2011), do que se denota que a federação é o modelo de organização interna adotado pelo Brasil para a realização de suas competências constitucionais através dos entes que a compõem, quais sejam União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nessa senda, é sabido que as são atribuídas aos entes políticos competências executivas exclusivas e comuns para a prestação de serviços públicos⁴. Tais competências denotam que o modelo federativo brasileiro se pretende como um misto de federalismo

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

⁴ Arts. 21, 23, 25 e 30 da CF.

cooperativo e federalismo dual (competitivo)⁵, uma vez que há prestações que devem ser realizadas com exclusividade por um dos entes, ao passo que outros serviços devem ser prestados de forma compartilhada por mais de um ente da federação.

O federalismo competitivo (dual) tem origem nos Estados Unidos da América e é caracterizado, em suma, por ter as áreas de poder rigorosamente delimitadas para cada esfera (REVERBEL, 2012), pelo que o governo federal e os Estados-membros não excedem sua competência constitucionalmente delimitada.

Contrariamente, o federalismo cooperativo tem origem na Alemanha e é marcado pela interrelação e pela colaboração das esferas de poder (REVERBEL, 2012). A cooperação é um mecanismo existente no Estado federal que favorece o desenvolvimento das relações intergovernamentais, abrangendo as formas e os meios de aproximação dos governos, central e locais (MACHADO HORTA, 1964 *apud* REVERBEL, 2012).

Ressalte-se que a relação de cooperação deve observar as competências delimitadas pela Constituição Federal, mediante a composição de esforços para realizar as atribuições conferidas a mais de um ente, bem como com a utilização dos mecanismos constitucionais de cooperação.

O federalismo cooperativo no Brasil se denota das competências executivas comuns aos entes federados, insculpidas no art. 23 da CF, bem como da coordenação de ações entre os entes federados para a realização de fins públicos (art. 199 da CF), bem como à gestão associada de serviços públicos por intermédio de consórcios públicos e convênios (art. 241 da CF).

2.1.A prestação de serviços públicos e o federalismo de cooperação

Os serviços públicos são atividades de titularidade do Estado que podem ser prestadas diretamente pelos entes federados, de forma exclusiva ou cooperada com outros entes, e ainda, indiretamente, mediante delegação⁶.

Conforme leciona MELLO (p. 687):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente

⁵ REVERBEL, 2012, p. 133.

⁶ Art. 175 da CF.

pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.

Assim, denota-se que os serviços públicos são as prestações que devem ser prestadas pelo Estado e, para tanto, devem ser observadas as competências constitucionais executivas. Tal divisão de competências é o ponto de equilíbrio entre cooperação e competição (MIRAGEM, 2011).

No que se refere à cooperação, a Constituição Federal dispõe acerca de competências materiais comuns aos entes federados, muitas delas voltadas a necessidades vitais ou direitos sociais dos cidadãos usuários, como saúde, assistência, educação e saneamento básico, os quais, inclusive impedem a sua delegação a particulares, o que é possível em serviços públicos de caráter econômico (MELLO, 2012, p. 705), tal modelo permite que se estudem as relações intergovernamentais consideradas as diversas esferas federativas, uma vez que, em que pese sejam entes dotados de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, as competências comuns permitem a cooperação entre governos central, locais ou destes entre si para a satisfação do interesse público.

Ademais, a existência de relações intergovernamentais fundamenta a pesquisa acerca da gestão intergovernamental colaborativa para a prestação de serviços públicos, a partir de instrumentos constitucionais e legais existentes, notadamente os negócios jurídicos entabulados entre entes governamentais.

Além disso, mister investigar-se a natureza jurídica de tais ajustes, mormente os consórcios públicos por serem eminentemente entabulados por entidades públicas e expressos na Constituição Federal como instrumentos aptos à gestão associada de serviços públicos⁷, a fim de verificar sua adequação ao novo paradigma da gestão pública, qual seja a consensualidade (OLIVEIRA, 2008).

Assim, denota-se que tais atribuições comuns que podem ser exercidas conjuntamente entre os entes demandam ajustes interfederativos à luz do federalismo cooperativo, através de instrumentos estabelecidos pela própria norma constitucional, como os convênios, os consórcios e as parcerias do Poder Público.

⁷ Art. 241 da CF.

2.2 O federalismo de cooperação, as relações intergovernamentais e a gestão associada de serviços públicos

O federalismo de cooperação originou os estudos acerca das relações intergovernamentais. Inclusive, tais conceitos são tão próximos que nos Estados Unidos o termo federalismo cooperativo, contrário ao federalismo dual adotado em tal país, foi substituído no uso por *intergovernamental relations* (REVERBEL, 2012, p. 116).

No Brasil, tais relações, balizadas pelas disposições existentes na Constituição Federal, permitem os estudos da gestão intergovernamental, qual seja um novo modelo de governança que envolve os níveis local e global (RHODES, 1988 apud FLEURY, 2005).

Esse modelo de governança, em forma de redes de cooperação, possui inúmeros enfoques e possibilidades de arranjos, com participação de atores governamentais e não-governamentais, sendo as responsabilidades estatais executadas de modo descentralizado, incluindo também parcerias e alianças e com empresas privadas e com a sociedade civil (KLERING, 2010).

O Estado em rede evidencia uma nova tendência de Administração Pública que aponta para um modelo mais sistêmico de governança, com ajustes entre as diferentes esferas governamentais e com atores externos ao Estado, a fim de realizar o interesse público.

Nessa senda, a Constituição Federal possibilita novas práticas de gestão adequadas às relações intergovernamentais, assim como a gestão associada entre entes federativos para a prestação de serviços públicos.

A gestão associada de serviços públicos pode ser concebida como o exercício compartilhado por duas ou mais entidades federativas, de competências que envolvem a prestação de um ou mais serviços públicos (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006).

Não há dúvida que os instrumentos constitucionais elencados para a gestão intergovernamental colaborativa da prestação de serviços públicos são negócios jurídicos em que há participação de entes públicos.

Ademais, consabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui outros instrumentos jurídicos cooperativos em que há participação estatal, como os termos de parceria, bem como de cooperação no âmbito interno da administração, como os contratos de gestão, todos voltados a uma administração pública baseada na consensualidade.

Consabido que a prestação de serviços públicos requer financiamento, pelo que se deve observar que o Estado brasileiro é tributário porque seus recursos advêm essencialmente da arrecadação de tributos (arts. 145 a 161 da CF); e distribuidor porque os recursos arrecadados devem ser convertidos na prestação de serviços (WOLF, 1999 apud ONOFRE JUNIOR, 2011) e, no que se refere às atribuições comuns, requer a associação de ações para a realização dessas atividades.

Isso porque, *a escassez de recursos e a necessidade de prestação de serviços públicos demandam processos de governança baseados na busca pela solução de problemas, efetivação de políticas e prestação de serviços* (FLEURY, 2005), sendo os ajustes entre entes federativos instrumentos fundamentais, baseados na Administração Pública Consensual (OLIVEIRA, 2008) para a realização das competências constitucionais do Estado.

Assim, depreende-se fundamental a análise dos contratos intergovernamentais existentes para a gestão associada na prestação de serviços públicos, especialmente, com base no art. 241 da CF⁸, os consórcios públicos, por serem negócios jurídicos realizados entre entes federados.

Além disso, imprescinde verificar-se as potencialidades dos consórcios públicos, buscando o aperfeiçoamento e melhor utilização desse instrumento contratual interfederativo para a prestação de serviços públicos no Brasil, trazendo-se para as relações da administração pública a gestão compartilhada, fundada no federalismo cooperativo.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERGOVERNAMENTAIS E OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Natureza contratual dos negócios jurídicos administrativos

É divergente o entendimento acerca da natureza jurídica dos convênios e consórcios, se de natureza contratual ou não porque esses ajustes diversos dos tradicionais contratos administrativos têm viés mais cooperativo, aliados ao modelo de administração pública sistêmica e consensual que atua de forma cooperativa.

⁸ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Os contratos administrativos são fundamentais à gestão pública. Em sentido estrito, regulam os negócios jurídicos administrativos realizados entre Administração Pública e Particular, tendo como principal instrumento jurídico de regulação a lei 8.666/93⁹.

Contrato é classicamente definido como o acordo de vontade celebrado pelo Estado com o intuito de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas (DINIZ, 2009). Tal conceito aplicado ao direito administrativo está próximo ao utilizado pela teoria geral dos contratos baseada no Código Civil Italiano que, em seu art. 1.321, diz que “il contratto è l’accordo di due ou più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”¹⁰

Os contratos administrativos regulados pela Lei Geral de Licitações não valorizam a consensualidade e a participação que se espera da administração pública no âmbito de um Estado Democrático, uma vez que prestigiam a unilateralidade, administração burocrática e imperialista, ante a presença de cláusulas exorbitantes que colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado (DI PIETRO, 2012), o que não afigura nos ajustes realizados entre entes federativos.

Com base na doutrina clássica do direito administrativo brasileiro, a diferença entre contrato e convênio está nos interesses, coincidentes deste e divergente daquele. Isso porque, no contrato há interesses contrapostos, havendo binômio prestação-contraprestação, diferentemente dos convênios em que há interesses comuns a serem alcançados mediante mútua colaboração entre os partícipes. Ademais, a liberdade típica de colaboração associativa permite que os partícipes se retirem da sociedade, o que não ocorre nos contratos, em que a obrigação de continuidade.

Conforme leciona DI PIETRO (p. 193)

“o convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio pressupõe-se que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos”.

⁹ A Lei 8.666/1993 regulamenta o Art. 22, inciso 27, da CF, que dispõe que. Cabe a união legislar sobre normas gerais de licitações e contratos

¹⁰ O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial (tradução livre)

Ocorre que, consoante a teoria geral dos contratos, tal ajuste é negócio jurídico bilateral em que a vontade de uma parte deve refletir na esfera jurídica dos outros partícipes. Em que pese a doutrina contratual aponte a existência de dois elementos essenciais para a formação do instituto, sendo um estrutural, constituído pela alteridade presente no conceito de negócio jurídico; e outro funcional, formado pela composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis (DINIZ, 2009).

Entretanto, a própria teoria dos contratos vem passando por uma mudança de paradigma, propondo-se um conceito pós-moderno do instituto (NALIN, 2005):

“a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”

Tal ótica contratual está amparada em valores constitucionais como a solidariedade social, insculpida no art. 3º, I, da Constituição Federal¹¹, que dentre outros sentidos, abarca a ideia de cooperação no negócio jurídico contratual.

Outrossim, a coincidência ou não de interesses não se mostra suficiente para a caracterização como contrato de determinado negócio jurídico, uma vez que pela própria teoria contratual há distinção entre contrato bilateral e plurilateral, sem que este caracterize-se pela liberdade de entrada e saída dos pactuantes, sem afetar a existência do vínculo estabelecido pelo contrato (ASCARELLI, 1947 apud ARAÚJO, 2008). Em ambos os casos, o interesse associativo comum dos partícipes não afasta os seus interesses recíprocos, não importando suas posições no ajuste para a existência de natureza jurídica contratual, desde que o negócio produza efeitos jurídicos, isto é, crie, modifique ou extinga relações jurídicas.

Nessa senda, verifica-se que a existência de interesses comuns não afasta do ajuste sua natureza jurídica contratual. Assim, leciona MEDAUAR (1955, p. 457):

Daí ser relevante conferir tratamento amplo à figura contratual, para abrigar fórmulas novas, adequadas a novo dinamismo e novos modos de agir da Administração. Nesse contexto se inserem os convênios e consórcios administrativos”

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Nesse mesmo sentido (MELLO, 2006):

“o contrato como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona. Esses últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A lei de contratos administrativos cogita dessa última espécie. Já os convênios e consórcios correspondem aos contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns.

Com isso, observa-se que os interesses opostos dão lugar a deveres objetivos de colaboração (MEDAUAR, 2003), havendo interesse mútuo entre as partes em todos os contratos de ação pública (OLIVEIRA, 2008), que incluem todos os ajustes administrativos voltados ao novo paradigma da Administração Pública, qual seja consensual.

A realização de políticas públicas de forma cooperativa entre os entes federativos e com participação social fortalece a sua interação e ordenação de interesses em favor de metas coletivas. Ademais, impende ressaltar que a Constituição Federal de 1988 promoveu a socialização do poder com base na descentralização e participação social.

A lei 11.107/2005 dispõe expressamente acerca da natureza contratual dos convênios e consórcios e consórcios públicos, consoante seu art. 1º, *caput*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

Tal dispositivo permite que as normas aplicáveis aos contratos administrativos em sentido estrito abarquem consórcios e convênios, como a licitação prévia e suas exceções legais¹².

No que tange à diferença entre consórcios e convênios, tradicionalmente o aspecto subjetivo era relevante, sendo o consórcio realizado por pessoas jurídicas de mesma natureza – Municípios entre si – e o convênio por pessoas jurídicas de natureza diversa – Poder

¹² Note-se que a Lei 8.666/93 dispõe dentre as hipóteses de dispensa de licitação a celebração de contrato de programa com ente da Federação (art. 24, XXVI), bem como a obrigatoriedade de licitação no caso dos convênios quando houver possibilidade de disputa entre os interessados.

Público e particulares ou entes de esferas federativas diferentes, como União e Estado –. Assim, leciona DI PIETRO (2002):

“Há muito vinham se constituindo no País consórcios intermunicipais, de regra sob a roupagem de associações privadas, para a realização de finalidades amplas específicas. Não se tem notícias de consórcios públicos dotados de outra composição, dada a ideia, até então vigente, de que esta agregação só poderia ocorrer com entidades da mesma espécie” Ainda assim, “todos os princípios e preceitos regedores dos convênios são aplicáveis aos consórcios administrativos”¹³, sendo somente uma cooperação associativa¹⁴

Ocorre que, a lei 11.107/2005 prevê a possibilidade de celebração de consórcios por pessoas jurídicas de natureza diversa, em seu art. 1º, que, no parágrafo 2º dispõe que A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados, assim é possível a constituição de consórcio por entes federados diversos.

Ambos objetivam a realização de objetivos de interesse comum entre os partícipes do ajuste, tendo a natureza jurídica contratual, mas se constituem institutos autônomos.

Os consórcios públicos constituem uma pessoa jurídica, ou seja, possuem personalidade jurídica diversa da dos entes partícipes., podendo ser associação pública – caso em que integra a administração indireta de todos os entes associados – ou associação de direito privado.

Conforme dispõe o Art. 6º da Lei dos Consórcios Públicos, este adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; e de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil, sendo que quando com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados e no caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

¹³ MEIRELES, Helly. Direito Administrativo Brasileiro, 1979, p. 376.

¹⁴ Vide 9, p. 375

A doutrina diverge no que tange à eficácia na prestação de serviços públicos da constituição de pessoa jurídica através dos consórcios públicos.

“é sob todos os aspectos lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista da sua aplicação prática. Havia, antes da lei, certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas (...) não adquire personalidade jurídica. Apenas se discutia a melhor forma de administrar o consórcio” (DI PIETRO, 2007, p. 439).

Em sentido diverso quanto aos consórcios, “ a constituição dessa pessoa jurídica dá espaço à operacionalização mais rápida e maior certeza e segurança para os consorciados e perante terceiros que se relacionarem com os consórcios” (MEDAUAR; OLIVEIRA. 2006, p. 26).

Entretanto, depreende-se juridicamente incompreensível o fato de que quando o consórcio público constitui-se associação pública integra a administração indireta de todos os entes da federação consorciados e não quando revestido de personalidade jurídica de direito privado, assim:

“embora nada seja referido em relação a consórcios aos quais eventualmente se outorgue personalidade de direito privado, outra não pode ser a localização do mesmo, senão na administração indireta dos respectivos entes (não há como fazer distinção neste aspecto), uma vez que sendo integrado pelo Poder Público, para fins de gestão e prestação de serviços públicos, e constituindo pessoa jurídica nova, a toda evidência pertencerá à estrutura administrativa; no caso, à administração indireta”. (MIRAGEM, 2011, p. 163).

Além disso, além de ser desarrazoada a diferenciação quanto ao pertencimento aos entes consorciados, não atende à necessária segurança jurídica, uma vez que a associação privada que possui o mesmo objetivo da associação pública, qual seja a gestão associada de serviços públicos existiria sem qualquer vínculo com a administração pública, o que não é possível pela responsabilidade subsidiária da Administração Direta transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, conforme dispõe o art. 13,§2º, I, da lei 11.107/2005¹⁵, além da previsão

¹⁵ Art. 13. (...) (...)

constitucional do controle ou tutela sobre os entes da Administração Indireta (art. 173 da CF¹⁶).

Ademais, o contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções¹⁷, autorização legislativa que não é exigida na celebração de convênio, inclusive na celebração de convênios com os próprios consórcios, previsão expressa à União no art. 14 da Lei 11.107/05¹⁸.

Ressalta-se que a exigência de autorização legislativa não ocorre para a celebração do contrato entre os partícipes, pelo que não é exigido para a celebração de convênios¹⁹, e sim pela criação de pessoa jurídica integrante da Administração celebrante, fulcrando-se no art. 37, XIX, da CF²⁰.

No que tange às diferenças entre convênios e consórcios (MELLO, 2006):

“de acordo com a lei nº 11.107, de 6.4.2005, - que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos -, depreende-se que estes são contratos realizados entre as pessoas de Direito Público de capacidade política, isto é, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em vista da realização de atividades públicas de interesse comum, e dos quais resultará uma pessoa jurídica que os congregará (...) Convênios são contratos realizados quer entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte a criação de pessoas jurídicas - o que os faz distintos dos consórcios - quer entre as sobreditas e entidades privadas - outro fator que os diferencia dos consórcios”

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I - os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

¹⁶ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

¹⁷ Art. 5º, caput, da lei 11.107/2005

¹⁸ Art. 14. A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

¹⁹ A desnecessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios é pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da ADI 770-MG

²⁰ Art. 37. (...)

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Os convênios de cooperação são importantes instrumentos para a gestão de serviços públicos, mormente ante a assimetria federativa brasileira, sendo inversamente proporcionais os recursos e os deveres prestacionais dos entes federados.

A celebração de convênio entre entes públicos não exige o procedimento prévio de licitação, pois é incompatível com o instituto, contrariamente ao que ocorre quando da celebração de convênio entre Poder Público e entidades privadas quando deve ser aplicada a regra geral da licitação a anteceder a contratação, salvo exceções legais.

Ademais, verifica-se que a lei geral de licitações (8.666/1993) estabelece os requisitos gerais para a celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública.

Conforme dispõe o art. 116 da lei 8.666/1993, aplicam-se as suas disposições, no que couber, *aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração*.

Após a assinatura do convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

Ressalte-se que as parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto em alguns casos, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes²¹:

Ademais, as exigências da lei 8.666/93 aplicam-se aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, bem como entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas.²²

Verifica-se, assim, que os negócios jurídicos administrativos são contratos de ação pública (OLIVEIRA, 2008) aos quais se adequa o consórcio público, além dos contratos que o disciplinam – contrato de rateio e contrato de programa – quais sejam espécies contratuais base da Administração Pública Consensual, contrária à ideia de imperatividade da contratualização administrativa clássica.

²¹Art. 116, §3º, da Lei 8.666/1993

²² Assim dispõem os artigos 84 da lei nº 13.019/14 e o art. 199, §1º, da Constituição Federal.

3.2 Consórcios Públicos e suas potencialidades

A Lei nº 11.107/2005 trata das normas gerais de contratação dos consórcios públicos de que trata o art. 241 da Constituição Federal.²³

Os entes federados que constituem os consórcios públicos podem entabular contratos entre si que disciplinarão a atuação do consórcio, sendo esses contratos de duas espécies: contrato de rateio e contrato de programa.

Nessa senda, depreende-se que o *contrato de rateio* de consórcio público tem como objeto disciplinar as obrigações econômico-financeiras que têm sua gênese nas cláusulas que compõem um contrato de consórcio público, firmado por entes federativos (OLIVEIRA, 2008). Este contrato é o instrumento necessário para que os entes consorciados possam destinar recursos financeiros para o consórcio, o que deve ser realizado anualmente, inclusive considerando o disposto no art. 34 da lei Federal 4.320/1964²⁴ que dispõe que “o exercício coincidirá com o ano civil”.

Assim, dispõe o art. 8º, *caput* e §1º, da lei nº 11.107/2005:

Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio. § 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Nessa senda, o financiamento dos consórcios públicos dá-se pelo contrato de rateio que deve coincidir com as dotações orçamentárias de cada ente federado consorciado²⁵ que preveem os repasses.

Ressalte-se que as exceções são contratos que tenham por objeto projetos consistentes em programas e ações contempladas em plano plurianual²⁶, bem como os

²³Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

²⁴Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal

²⁵O planejamento financeiro dos entes federativos dão-se pelas leis orçamentárias, conforme art. 165 da CF.

²⁶O PPA estabelece diretrizes, objetivos e metas da administração pública a médio prazo, conforme art. 165, §1º, da CF, pelo que supera o exercício financeiro.

contratos que tenham objeto a gestão associada de serviços públicos, desde que custeados por tarifas ou outros preços públicos (OLIVEIRA, 2006).

Denota-se, ainda, que os recursos entregues pelo contrato de rateio não devem ser genéricos, e sim, especificados no protocolo de intenções e no contrato que criou o consórcio público.²⁷

Depreende-se que a formalização do contrato de rateio é condição obrigatória para a contratação de consórcio público, sem o qual não seria possível a transferência de recursos dos entes para o consórcio, pelo que consta do protocolo de intenções firmado pelos consorciados.

A outra espécie contratual que disciplina a atuação do consórcio é o *contrato de programa* que tem o objetivo de regulamentar as obrigações entre os entes no âmbito da gestão associada de serviços públicos.

Mister observar-se que os consórcios públicos, assim como os contratos de rateio e os contratos de programa estão inseridos na Administração Pública Consensual (OLIVEIRA, 2008), qual seja uma nova ótica para a gestão pública e, no que tange aos instrumentos contratuais ora investigados, especialmente para a gestão de serviços públicos, inserindo-se nos instrumentos contratuais elementos diversos daqueles constantes nos clássicos contratos administrativos brasileiros, uma vez que se dá lugar às técnicas negociais no âmbito administrativo contrariamente às ações imperativas das relações de administração, o que alcança as relações e conseqüentemente à gestão intergovernamental.

Consoante se denota do art. 13, §5º, da lei nº 11.107/2005, “o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados” e tem como objeto a gestão associada de serviços públicos que poderá envolver a prestação de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos (art. 13, *caput*).

Assim, verifica-se que o contrato de programa é o instrumento de associação de esforços entre os entes federativos para a efetiva prestação de serviços de sua titularidade,

²⁷ Art. 8º

(...)

§ 2º É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

direta ou indiretamente, consoante preleciona o art. 175 da CF²⁸, conforme competências constitucionais comuns aos entes que devem proceder ao planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, bem como sua prestação direta de forma cooperada.

O contrato de programa dispõe acerca das obrigações do consórcio e dos Municípios, bem como da transferência de recursos (rateio) para o consórcio a fim de realizar a despesa, possibilitando a prestação do serviço público de forma cooperada no âmbito local de todos os consorciados.

4. CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que o modelo de federalismo cooperativo adotado no Brasil que preleciona a existência de competências comuns aos entes federados para a prestação de serviços públicos, permite as relações intergovernamentais.

Tais relações possibilitam a associação entre diversos entes para a gestão de serviços públicos, o que pode ser realizado por diversos instrumentos de cooperação, inclusive pelos convênios e consórcios públicos, conforme dispõe a Constituição Federal.

Investigou-se a natureza jurídica desses instrumentos, verificando-se tratarem de contratos de ação pública, voltados às prestações estatais, adequados à administração pública consensual, paradigma diverso dos clássicos contratos administrativos imperativos.

Ademais, tais contratos são fundamentais para a gestão de serviços públicos no Brasil, ante a escassez de recursos e a necessidade de os entes federados entabularem arranjos intergovernamentais para a realização das finalidades públicas.

Por fim, verificando-se as potencialidades dos consórcios, fez-se uma análise sobre seus instrumentos de atuação, quais sejam o contrato de rateio e o contrato de programa, a partir do que se concluiu que o contrato de programa é o efetivo instrumento dos entes consorciados para a realização dos serviços públicos de sua competência, uma vez que os contratos de rateio tratam somente das transferências de recursos dos entes consorciados aos consórcios, já os de programa possibilitam a prestação de suas competências constitucionais comuns materiais, com a gestão associada de serviços públicos pelos entes federados e

²⁸ Art. 13. (...)

§ 1º O contrato de programa deverá: que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados;

denotam o potencial dos consórcios públicos para a prestação de serviços não somente no âmbito local, de um ente federativo, e sim, regional, possibilitando, inclusive, o desenvolvimento social, econômico e ambiental de todos os consorciados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios e Consórcios Como espécies contratuais e a lei nº 11.107/2005**. In Consórcios Públicos – Instrumento do Federalismo Cooperativo. Maria Coeli Simões Pires e outra (coord). Fórum, 2008.

ASCARELLI, Tulio. **Sociedades e asociaciones comerciales**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Por que a “guerra fiscal”?** Os desafios do Estado na modernidade líquida. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 102 | pp. 305-341 | jan./jun. 2011

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em Acesso em 18.jun.2018

BRASIL. Lei nº 11.107/2005. Acesso em 04jan2019

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Teoria Geral das Obrigações contratuais e extracontratuais. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007**.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2002.

FLEURY, Sonia. **Redes de Políticas**: novos desafios para a gestão pública. Administração em Diálogo – RAD, v. 7, n. 1, 2005.

KLERING, L.; SOARES, M.; GUADAGNIN, L. **Novos Caminhos da Administração Pública Brasileira**. Análise, v. 21, n. 1, 2010.

MACHADO HORTA, Raul. **A autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte, 1964.

MEDAUAR, Odete. **Convênios e Consórcios Administrativos**. Boletim de Direito Administrativo, v. 11, n 8, p. 457, ago 1995.

_____. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- MEIRELES, Helly. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2005
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder Reverbel. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- RHODES, R. A.W. **Beyond Westminster and Whitehall: the sub-central governments of Britain**. London: Allen & Unwin, 1988.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; AVILA, Marta Marques (coord). **O Município e a Federação**. Porto Alegre: Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS (coleção Direito do Estado), 2010.
- WOLFF, Hans; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Verwaltungsrecht**. V. 1. 11. ed. München: C. H. Beck, 1999.

A CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO (FORMAÇÃO CONTINUADA) DOS MEDIADORES E CONCILIADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Roseli Blauth

RESUMO: Este artigo apresenta uma pesquisa aplicada a 50 conciliadores e mediadores judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio de um questionário online. A pesquisa objetiva apresentar dados qualitativos das atividades realizadas pelo Tribunal gaúcho visando a capacitação e o aperfeiçoamento dos profissionais que atuam no Tratamento Adequado dos Conflitos. Da mesma forma, identificar, a partir da percepção destes profissionais, de elementos que possibilitem apontar melhorias na formação continuada. Entre os resultados, foi possível perceber o alto índice de profissionais capacitados, diante de um número reduzido de certificados, mas preocupados com a sua capacitação e com seu constante aperfeiçoamento, apontando melhorias na formação EaD como horário e conteúdo, e insatisfeitos pela falta de reconhecimento e valorização. Nesse sentido, o levantamento também busca contribuir para reflexão das razões que levam à redução significativa entre aqueles que se capacitam e aqueles que permanecem apenas com a capacitação básica e a permanência dos conciliadores e mediadores.

Palavras-chave: Mediadores. Conciliadores. Capacitação. Aperfeiçoamento. Formação Continuada.

1 INTRODUÇÃO

Para que o leitor compreenda melhor o foco do nosso trabalho é importante mencionar o que é a mediação e a conciliação, quem são o mediador e o conciliador, onde e como atuam. O Manual de Mediação Judicial (2016), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é leitura obrigatória de todos os cursistas e a fonte primária de consulta durante a capacitação básica, bem como durante o aperfeiçoamento contínuo.

Segundo o Manual de Mediação Judicial (2016), o Poder Judiciário é um dos órgãos dentro do sistema público de resolução de conflitos que é composto por um sistema pluriprocessual (processos judiciais, a arbitragem, a conciliação e a mediação, entre outros). Este sistema visa proporcionar ao jurisdicionado a escolha do melhor método que se adéque ao caso concreto e, assim, lhe proporcione a solução possível para a questão.

¹ Advogada e Mediadora graduada em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2002). OAB/RS 54.906. E-mail: roseli_blauth@hotmail.com.

A Mediação e a Conciliação estão regulamentadas na Resolução 125/2010, na Lei de Mediação 13.140/2015 e na Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil). São processos autocompositivos segundo os quais as pessoas em disputa são auxiliadas por um terceiro (mediador/conciliador), que os ajudará a estabelecer uma comunicação produtiva e, assim, encontrar uma solução que atenda às suas necessidades e os seus interesses.

Segundo Alberton (2018, p.98), “o princípio é a base fundamental de uma área de conhecimento e que a distingue de outras.” Os principais princípios que regem a mediação e a conciliação são o da imparcialidade do mediador, da confidencialidade em relação ao que é tratado na sessão de mediação/conciliação, e o da voluntariedade das partes em querer participar do procedimento.

O papel dos conciliadores e mediadores judiciais é ajudar os mediandos a restabelecer a comunicação e ajudá-los a atingir acordos voluntários. Eles são os protagonistas fundamentais para a implantação desta política pública.

A diferença básica entre o conciliador e o mediador² é que o primeiro pode sugerir possíveis soluções, o segundo não, deve manter-se neutro. Outro aspecto a considerar é que a mediação é predominantemente utilizada em relações continuadas (ex.: vizinhança, condominial, família, etc.).

Os conciliadores e mediadores poderão atuar em conflitos extrajudiciais (Câmaras Privadas) e judiciais - dentro dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Neste último caso, necessariamente deverão realizar a formação ofertada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), ou entidade formadora cadastrada e autorizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Os mediadores/conciliadores extrajudiciais poderão atuar como profissionais independentes nas Câmaras de Mediação e Arbitragem e realizar a sua formação em instituições que não estejam vinculados ao CNJ.

A pesquisa objetiva apresentar dados qualitativos e verificar a metodologia da formação continuada dos conciliadores e mediadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), da forma como está preconizada no art. 2º, Capítulo 1, da

² Ver em MOORE, Christopher W., O Processo de Mediação. Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos, tradução Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³, atende as necessidades e os interesses do Tribunal e dos Auxiliares da Justiça.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

I – centralização das estruturas judiciárias;

II – adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III – acompanhamento estatístico específico.

Da mesma forma, o Art. 12, da Resolução 125, prevê que somente serão admitidos mediadores e conciliadores que tenham realizado o curso de capacitação nos termos do Anexo I, e que deverão submeter-se ao aperfeiçoamento permanente.

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

O Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III da Resolução 125, no art. 1º, parágrafo 2º, prevê que os profissionais que atuam na resolução adequada dos conflitos judiciais deverão possuir qualificação que os habilite, mediante a participação no curso básico de mediador ou conciliador, bem como a participação obrigatória nas formações continuadas:

§2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para **formação continuada**. (grifo nosso)

A capacitação, treinamento e aperfeiçoamento (formação continuada) a que nos referimos está disposta nos §§ 2º e 3º, do art. 12, da Resolução 125.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário. (Redação dada pela Emenda nº 2º, de 08.03.16).

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ

³ A Resolução 125 de 29/11/2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

(Anexo I) e deverão ser compostos necessariamente de estágio supervisionado. Somente deverão ser certificados mediadores e conciliadores que tiverem concluído o respectivo estágio supervisionado.(Redação dada pela Emenda nº 2, 08.03.16)

A normatização fez-se necessária a fim de uniformar e de patronizar os processos e os procedimentos das sessões de conciliação ou mediação judicial, a formação, a atuação dos conciliadores e dos mediadores judiciais⁴, bem como do papel dos advogados, tendo em vista a implantação dessa nova política pública em todo território nacional.

Assim, a presente pesquisa visa analisar a formação continuada dos servidores, conciliadores e mediadores judiciais do TJRS, também designados como Auxiliares da Justiça (Art. 149 do Código de Processo Civil) e apresentar dados que apontem pontos de melhoria no aprendizado desses profissionais.

O que nos motivou a realizar a presente pesquisa é que, até o presente momento, o TJRS não possui nenhum tipo de estatística ou ferramenta que meça os resultados das ações voltadas à capacitação e ao aperfeiçoamento (formação continuada) dos conciliadores e mediadores judiciais, de modo a apresentar um resultado que demonstre a qualidade e o aproveitamento da formação ofertada.

O Tribunal de Justiça, através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC)⁵, é responsável pela capacitação, treinamento e atualização permanente dos magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos.

Neste sentido Nepomuceno e Schneider (2018, p.153) referem que:

a formação dos mediadores é algo que precisa de supervisão e constante aperfeiçoamento. Especialmente neste momento, que a prática da mediação está cada vez mais difundida, tem sido alvo de nossas discussões e reflexões, tanto com os alunos como com os colegas mediadores, a importância de seguirmos com ética e compromisso, mantendo as diretrizes base deste trabalho.

O incentivo ao aperfeiçoamento destes profissionais deve ser constante, com foco na formação continuada, que poderá ocorrer mediante a realização de cursos presenciais ou na

⁴ A Resolução nº 05/2012 – Órgão Especial, dispõe sobre os conciliadores e mediadores no âmbito das Centrais de Conciliação e Mediação do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

⁵ Também conhecidos como Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação, foram instituídos pela Resolução nº 04/2012 – Órgão Especial.

modalidade de Educação a Distância (EaD), palestras, seminários, jornadas, etc., sempre respeitando as diretrizes estabelecidas pelo CNJ⁶.

2 DA CAPACITAÇÃO

Para tornar-se um conciliador e/ou mediador judicial, o interessado deverá participar do Curso de Formação Básica de Conciliação e ou de Mediação que divide-se em 2 (duas) fases de capacitação teórico-prático. Para ser conciliador o cursista deve ter idade mínima de 18 anos e formação superior em qualquer área. Para ser um mediador ter idade mínima de 21 (vinte e um anos), ter formação superior (art. 11, Lei 13.140/2015) em qualquer área, com 2 anos de formação, comprovados mediante apresentação de certificado de conclusão.

Na primeira fase, de ambos os cursos, a carga horária é de 40h/aula, devendo o cursista ter 100% de frequência, entregar um relatório redigido a próprio punho, composto de 2 (duas) laudas sobre um dos pontos tratados e prestar uma prova de 10 questões de múltipla escolha, com média mínima de 5 (cinco) pontos.

O aluno apto na primeira fase receberá do NUPEMEC um atestado de conclusão que permitirá que seja cadastrado no sistema Methis⁷ e autorizado a iniciar o estágio prático. O aluno reprovado na prova será tornado INAPTO e não poderá iniciar a segunda fase.

A segunda fase é de estágio prático supervisionado a ser realizado junto aos CEJUSCs e que consiste na atuação do cursista como conciliador (60h) ou como mediador (90h), nas sessões de conciliação e de mediações. Se conciliador comprovará: 60h mínimas de atendimentos relatadas, que serão divididas da seguinte forma: 20h Conciliador; 20h CoConciliador e 20h Observador, e se mediador ter validade 90h mínimas de atendimentos relatadas que serão divididas da seguinte forma: 30h Mediador; 30h Comediador e 30h Observador, entre atendimentos processuais e/ou pré-processuais.

⁶ O CNJ, através da Portaria Nº 139 de 31/10/2018, institui um novo Grupo de Trabalho para coordenar o planejamento e o desenvolvimento de curso na modalidade à distância para capacitação de mediadores judiciais.

⁷ O METHIS é o sistema utilizado pelo Tribunal para gerenciar e agendar todos os processos encaminhados aos CEJUSCs. Todos os conciliadores e mediadores serão previamente cadastrados pelo secretário do CEJUSC. No sistema aparecerá os cursos que possui (conciliador, mediador cível e mediador de família e vinculados ao perfil o(s) CEJUSC(s) que atuarão. Ex.: Mediador cível – São Leopoldo. O acesso é mediante login e senha informados pelo Tribunal, para que os conciliadores e mediadores possam realizar os termos das sessões de conciliação e mediação. Maiores informações podem ser obtidas pelo manual do usuário.

⁸ São considerados válidos, pra fins de certificação, os relatórios da sessão de conciliação e/ou da mediação em que estejam presentes todos os participantes (pessoas envolvidas na questão e essenciais para a tomada de

Após cumprir esse critério, ainda dentro da 2ª fase, o aluno deverá conciliar/mediar ou coconciliar/comediar observado por um Instrutor/Supervisor que fará suas anotações no formulário de supervisão e, ao encerramento da sessão, em *debriefing*, informará se o supervisionado está apto para certificação, ou se recomendará treinamento adicional ou, ainda, a não certificação.

Durante o estágio prático e para fins de certificação, o aluno não deverá possuir avaliação desabonatória, inclusive decorrentes das pesquisas de satisfação do usuário (modelo CNJ e NUPEMEC, para os participantes da sessão, mediados/advogados/prepostos), o que deverá ser atestado pelo CEJUSC, onde o cursista realizou atendimentos práticos anexando tal documento no cadastro do sistema Methis. Cumpridas essas exigências o aluno estará apto a ser certificado pelo NUPEMEC.

No desempenho de suas atividades, o conciliador(a) e o mediador(a) em capacitação, assinarão Termo de Adesão e Compromisso⁹, obedecendo aos princípios da confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência, autonomia e respeito à ordem pública e às leis vigentes, segundo o Código de Ética de mediadores e conciliadores constante no Anexo III da Resolução 125 do CNJ, com redação dada pela Emenda nº 01.

No referido termo o conciliador/mediador em formação compromete-se, ainda, a exercer suas atividades em conformidade com a linha metodológica indicada pelo NUPEMEC/TJRS, assumindo uma atitude de cooperação, respeito e consideração com seus colegas e demais servidores e estagiários que trabalham no Poder Judiciário.

No que se refere a atuação, os auxiliares da justiça, após obterem a primeira certificação, comprometem-se a atuar, no mínimo, em três turnos por mês, nos CEJUSCs de 1º e/ou 2º Grau do Tribunal de Justiça do RS, a fim de manterem-se certificados. Verificada a falta injustificada e/ou aviso de não comparecimento por três vezes consecutivas em prazo

decisão; a presença dos respectivos advogados (não é obrigatória, conforme Enunciado nº 21, do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (FONAMEC). Sendo que nas sessões de conciliação faz-se necessária a presença de 1 (um) observador, no mínimo; e 1 (um) conciliador, e na mediação 1 (um) observador, no mínimo; e 1 (um) mediadores no mínimo.

⁹ O termo de Compromisso e Adesão está em conformidade a Resolução nº 05/2012 – Da sessão do dia 27/02/2012 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, disponibilizado no Diário Da Justiça Eletrônico Nº 4.808, de 11 de abril de 2012, que dispõe sobre os conciliadores e mediadores no âmbito das centrais de conciliação e mediação do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

inferior a 24h, o CEJUSC poderá solicitar o afastamento do conciliador ao NUPEMEC para avaliação da situação pela supervisão.

No caso de afastamento por período superior a 30 dias, o conciliador/mediador deverá solicitar ao CEJUSC a que está vinculado, a suspensão das atividades para fins de cadastro por até um ano, podendo retornar mediante autorização do NUPEMEC.

A recente Ordem de Serviço nº 01/2019, da lavra da Desembargadora Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Coordenadora do NUPEMEC/TJRS, disciplina e regulamenta a renovação de Certificação dos mediadores e conciliadores judiciais, bem como a Certificação/Renovação de Mediadores de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas cadastrados no NUPEMEC/TJRS.

A norma contempla os requisitos necessários e estabelece os critérios para a renovação e re-certificação dos conciliadores, mediadores e instrutores externos e internos, bem como disciplina as obrigações dos auxiliares da justiça no que diz respeito a sua disponibilidade de atuação junto aos CEJUSCs, da necessidade de participar das capacitações propostas pelo NUPEMEC, como o Curso de Aperfeiçoamento de Mediadores e/ou Conciliadores EaD conforme item 4., da referida Ordem de Serviço, além de estabelecer o prazo de validade da certificação.

Disciplina, ainda, que os profissionais estão impedidos de atuar em nome do TJRS em suas atividades como conciliador/mediador extrajudicial, bem como de utilizar a identificação de conciliador/mediador judicial quando afastado das atividades do CEJUSC.

Como vimos acima, para ser um conciliador/mediador judicial é necessário que o cursista dedique uma parcela significativa do seu tempo, na realização da sua capacitação teórico-prática, mas também no seu aperfeiçoamento (formação continuada).

Diante disso, pensamos em realizar a presente pesquisa com coleta de informações, predominantemente qualitativa, realizada durante o mês de setembro de 2019, por meio de questionário com perguntas norteadoras aos conciliadores e mediadores judiciais, com objetivo de: fazer um levantamento do perfil dos profissionais atuantes, do tempo que dedicam ao seu aperfeiçoamento, meios de estudos, da disponibilidade e da dedicação para participação da formação em EaD e sobre a oferta do horário do curso, da disponibilidade de atuação nos CEJUSCs, do reconhecimento pelo trabalho realizado e expectativa em relação à satisfação da remuneração.

O referido questionário ficou hospedado na plataforma **online survio.com**¹⁰, estando estruturado em 23 (vinte e três) questões, sendo que 12 (doze) eram fechadas e 11 (onze) abertas. O questionário foi respondido voluntariamente por 23 conciliadores/mediadores judiciais.

3 DA CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO (FORMAÇÃO CONTINUADA)

Pensando sobre o desenvolvimento da mediação no país e da importância da prestação de um serviço de qualidade por parte dos Tribunais, da necessidade de uma capacitação e aperfeiçoamento permanente dos auxiliares da justiça (magistrados, servidores, conciliadores, mediadores cíveis e de família), como preconizado na Resolução do 125/2010, decidimos analisar se a formação continuada, da forma como está ocorrendo no Estado do Rio Grande do Sul, tem correspondido às expectativas, tanto do Tribunal, como também dos profissionais atuantes. Os incisos V e VIII, do art. 7º, da Resolução do 125/2010, preconizam:

V - promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VIII - incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos.

Nosso objetivo com a aplicação do questionário é fazer uma análise de como está sendo realizada a formação continuada dos conciliadores e dos mediadores judiciais, após a certificação, a fim de verificar a sua efetividade e qualidade, bem como contribuir para reflexão acerca da capacitação ofertada.

Diante disso, temos a expectativa de, a partir do levantamento das atividades realizadas pelo NUPEMEC, bem como pelos conciliadores e mediadores judiciais, identificar aquelas com maior efetividade para que o resultado possa servir de subsídio para implementação de futuras ações do Tribunal de Justiça no sentido de melhorias e aperfeiçoamento.

¹⁰ Disponível em: <https://www.survio.com/br/>. Acessado em 01/07/2019.

3.1 Metodologia

Para servir de subsídios, pensamos que a abordagem qualitativa é a que melhor se harmoniza com a nossa pesquisa, pois tem o intuito de buscar informações que possam contribuir significativamente com a capacitação e aperfeiçoamento dos mediadores e conciliadores judiciais. Neste sentido Gerhardt e Silveira (2009, p.18-19) referem que:

O conhecimento é um processo dinâmico e inacabado, serve como referencial para a pesquisa tanto qualitativa como quantitativa das relações sociais, como forma de busca de conhecimentos próprios das ciências exatas e experimentais. Portanto, o conhecimento e o saber são essenciais e existenciais no homem, ocorre entre todos os povos, independentemente de raça, crença, porquanto no homem o desejo de saber é inato.

E complementam,

O conhecimento científico se dá à medida que se investiga o que se pode fazer sobre a formulação de problemas, que exigem estudos minuciosos para seu equacionamento. Utiliza-se o conhecimento científico para se conseguir, por intermédio da pesquisa, constatar variáveis.

Não temos a pretensão de esgotar o assunto, mas de iniciar a reflexão e incentivar outras pesquisas. Recentemente a colega Aline Leão¹¹, advogada, conciliadora e mediadora realizou uma pesquisa para o mestrado com enfoque no perfil do mediador/conciliador e das condições de trabalho. A nossa pesquisa tem por escopo o aperfeiçoamento após a certificação.

3.2 Levantamento de dados junto ao NUPEMEC

Quanto à natureza da pesquisa encaminhamos solicitação, por e-mail, à Digníssima Desembargadora Déborah Coletto Assumpção de Moraes, atual coordenadora do NUPEMEC¹², para a autorização do levantamento de alguns dados acerca do número de cursos realizados, número de inscritos, números de cursistas, número de certificados, número

¹¹ Pesquisa realizada no Mestrado/PUC/RS. Aline Leão é Mestranda em Ciências Sociais na Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, Advogada, Mediadora e Conciliadora certificada pelo Conselho Nacional de Justiça e ICFML, e graduada em Comunicação social pela PUCRS.

¹² Dados solicitados ao NUPEMEC em 08/05/2019 e disponibilizados à pesquisadora, via e-mail, no dia 17/06/2019.

de comarcas atendidas, número de atividades realizadas a título de aperfeiçoamento (formações continuadas).

Com relação ao número de cursos de conciliação, mediação cível e familiar realizados pelo NUPEMEC, desde a sua criação 11/04/2012 até 17/06/2019 (data em que foram disponibilizadas as informações), foram realizados 31 cursos de Conciliação, 94 de Mediação Básica, e 26 de Mediação Familiar.

Quanto ao número de cursistas inscritos em cada curso foram: 744 em Conciliação, 2.256 em Mediação Básica, 624 em Mediação Familiar, totalizando 3.624. Sendo que destes receberam a certificação: 367 em Conciliação, 620 em Mediação Básica e 186 em Mediação familiar, totalizando 1.173 conciliadores e mediadores certificados pelo NUPEMEC.

Cursos	Nº Cursos	Nº Inscritos	Certificados	Não Concluintes
Conciliação	31	744	367	377
Mediação Cível	94	2.256	620	1636
Mediação Familiar	26	624	186	438
Total	151	3.624	1.173	2451

Tabela 1. Fonte: elaborada pela autora (2019).

Os cursistas que receberam os certificados foram aqueles que concluíram as duas etapas: o módulo teórico e o prático (estágio supervisionado), dos cursos de conciliação, mediação básica e familiar. Podemos verificar que somente 32,36% concluíram todas as etapas; uma redução muito significativa, diante dos 3.624 inscritos inicialmente.

Entre 2013 a 2018, foram realizados 151 cursos, por 54 instrutores, destes somente oito conseguiram a certificação e foram cadastrados no CNJ, e após oportunizada a recapacitação, em fevereiro de 2018, 21 participaram e estão realizando novos cursos em busca da certificação e encontram-se incluídos no Cadastro Nacional de Instrutores da Justiça Consensual Brasileira(CIJUC), como instrutores em formação.

Até 2017, havia 359 certificados expedidos em conciliação, mediação básica e mediação familiar. Diante deste número muito baixo de profissionais certificados, o NUPEMEC elaborou um Plano de Certificação aprovado pelo CNJ, e, como consequência, em março de 2019, foram expedidos mais 814 certificados totalizando 1.173 certificações expedidas.

No dia 27/08/2019, o TJRS publicou a lista atualizada de conciliadores¹³ e mediadores certificados totalizando 874 profissionais capacitados, alguns com certificação em mais de uma modalidade. Uma redução expressiva de 25,5% (299) dos profissionais atuantes, considerando os dados em 17.06.2019.

3.3 Atividades realizadas

No que diz respeito à quantidade de atividades realizadas a título de aperfeiçoamento e de formação continuada no período de 2013 a 2018, o NUPEMEC somente nominou os tipos de formações ofertadas, deixando de responder, objetivamente, a quantidade de eventos realizados em cada uma das modalidades.

Relata que, para fins de formação continuada dos conciliadores, mediadores básicos e mediadores de família são considerados os cursos de aperfeiçoamento realizados pela plataforma NAVI (EaD), palestras e, anualmente, Jornadas de Mediação, com uma média de seis palestrantes por edição.

Além disso, o NUPEMEC orienta que, após cada sessão de mediação, ocorra a autossupervisão como parte integrante da formação continuada, momento onde a equipe realiza troca de experiências e percepções sobre o procedimento desenvolvido. Reforçando, dessa forma, que¹⁴:

A verdadeira formação é aquela que promove desenvolvimento pessoal, profissional e social, cabe ao mediador/conciliador responsabilizar-se pelo seu próprio aprimoramento, com estudo contínuo que se deve ter na busca de excelência e melhor atuação.

As formações, que são realizadas pela Plataforma NAVI(EaD)¹⁵, preveem 9 (nove) encontros síncronos de aulas interativas. Para ser aprovado no curso EaD é necessário que o cursista participe das aulas ao vivo, que ocorrem em dias úteis, no horário das 11h às 12h. Caso não consiga, deverá assisti-las posteriormente e postar um resumo delas no Portfólio a fim de recuperá-las.

¹³ A lista atualizada de conciliadores e mediadores certificados foi publicada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 27/08/2019.

¹⁴ Texto transcrito do e-mail enviado à pesquisadora no dia 17/06/2019.

¹⁵ São disponibilizados na plataforma cursos de aperfeiçoamento para conciliadores, mediadores básicos e mediadores de família, previamente inscritos e que, mediante login e senha, tem acesso ao sítio http://ead.tjrs.jus.br/navi_tjrs/, onde realizam as atividades propostas.

Além disso, deverá participar dos Fóruns, responder a pergunta que é postada semanalmente e comentar as respostas dos colegas. Deverá, ainda, postar um relato de uma vivência, um caso real, contando a sua experiência e comentar os relatos dos colegas, visando a troca de conhecimento com os demais alunos. Todas as atividades são avaliadas¹⁶.

Pela plataforma, os alunos têm acesso a outros recursos pedagógicos como vídeos, textos, exercícios, relatos e estudo de caso que ficam disponíveis no ambiente virtual.

3.4 Breve perfil

A presente amostragem foi realizada entre 50 (cinquenta) conciliadores, mediadores cíveis e de família certificados, mediante questionário on line enviado por e-mail e compartilhado no aplicativo WhatsApp convidando-os a participar voluntária e anonimamente. Foram 23 (46%) respondentes, dos quais 100% são certificados e destes 78.3% têm mais do que uma certificação.

Dos conciliadores e mediadores respondentes 43,5% são advogados, 13,0% assistentes sociais, 13,0% professores, 8,7% psicólogos e 26,1% oriundos de outras profissões como professor de Educação Física, gestores, sociólogo e servidores do judiciário. Esses últimos correspondem apenas 17,4% do total, sendo possível afirmar que 82,6% dos conciliadores e mediadores judiciais são oriundos de outras áreas do conhecimento.

Em sua maioria 81,8% são do sexo feminino e 18,2%, do sexo masculino. Desses, 52,2% estão na ativa e 47,8% já são aposentados. A maior parte, 56,5%, tem idade acima dos 55 anos, 26,1%, entre 45 a 55 anos, 13,0%, entre 35 a 45, e 4,3%, entre 25 a 35 anos.

¹⁶ Sistema de Avaliação: A pontuação é atribuída da seguinte forma: a) 40 pontos atribuídos à participação nas 09 aulas interativas, sendo que é necessária a participação em, no mínimo, 07 delas. É importante lembrar que a mera presença sem contribuições confere uma nota máxima de 05 pontos, e que emitir opiniões, fazer contribuições e questionamentos contribui para aproximar a nota dos 40 pontos. Quem não houver conseguido participar de uma das aulas pode recuperar a nota assistindo à aula no ícone Videoaulas e colocando um resumo dela no Portfólio, embora, neste caso, a pontuação máxima limite-se à metade (20 pontos); b) 40 pontos atribuídos à participação no Fórum, sendo que deve haver, no mínimo, uma contribuição semanal no Fórum, respondendo à pergunta da semana (sempre até as 23h59min de domingo) e comentando as respostas dos colegas, pois sem contribuições com os comentários dos colegas a nota limita-se a 30 pontos; c) 20 pontos atribuídos à atividade individual, a ser colocada no ícone de nome "Relatos" até o dia 23/06/2019, sendo que é importante, também nesta atividade, comentar alguns dos relatos dos colegas. FÓRUM - 40 pontos, AULAS INTERATIVAS - 40 pontos, ATIVIDADES INDIVIDUAIS -20 pontos, TOTAL:100 pontos. Estas informações foram tiradas do site da plataforma acessado em 24/09/2019 no link: http://ead.tjrs.jus.br/navi_tjrs/index.php?iniciarNavegacao=1, após login e senha da pesquisadora.

Dos 23 respondentes, só 9 (nove) indicaram os CEJUSCs de atuação, sendo que 5 (cinco) atuam em Porto Alegre, 2 (dois), em São Leopoldo, 1 (um), em Canoas e São Leopoldo, 1 (um), em Sapiranga e Campo Bom.

3.5 Do aperfeiçoamento

Em relação ao aperfeiçoamento, em pergunta aberta sobre os principais meios de estudo utilizados 20 (87,0%) indicaram os livros didáticos, 17 (73,9%), textos online e 14 (60,9%) assistem a vídeos. Ainda foram citados eventos, cursos, palestras, grupos de estudo e *workshops*. Considerando que a participação na plataforma é um dos requisitos para certificação, chamou-nos a atenção que 87%(20) dos 23 respondentes afirmaram ter concluído essa etapa, entrando em contradição com a pergunta anterior quando 100% afirmaram estar certificados. Parece-nos um reflexo oriundo da mudança nas regras para a certificação que aconteceram ao longo da implantação da nova política pública, bem como a dificuldade em cumprir a etapa de formação EaD.

Desses 87%, 56,5%(13) comentaram sua resposta, sendo que 2 (dois) são mediadores, tutores e docentes, 2 (dois) estão participando pela primeira vez, e os demais já participaram de dois ou mais cursos.

Da afirmação “Além do curso de formação básica, quais formações realizadas pelo TJRS, a título de aperfeiçoamento, você participou?”, 87,0% afirmaram participar das reuniões de supervisão, das palestras, das aulas EaD e das jornadas. Sendo que 21,7% (5) das pessoas que marcaram a opção “outra” escreveram que participaram de cursos de formação para instrutor, supervisor, Especialização em Mediação e Direito de Família, e Aulas na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Podemos afirmar que os conciliadores e os mediadores judiciais buscam o aperfeiçoamento contínuo.

A respeito dos cursos de aperfeiçoamento em Conciliação, Mediação Cível e Mediação de Família, disponibilizados na plataforma NAVI (EaD), 21,7%, responderam que era insuficiente; 26,1%, que era satisfatória, 34,8%, que foi boa, 17,4%, que foi muito boa.

Sobre o aperfeiçoamento ou formação continuada, cabe mencionar Corrêa (2018, p. 190) que faz uma reflexão sobre os desafios e oportunidades para a formação de mediadores,

baseada em competências, por meio de padrões internacionais definidos e periodicamente revisados pela Comissão Independente de Padrões¹⁷. Segundo o autor:

O grande desafio de fazer com que a mediação se desenvolva a um nível que se torne culturalmente assimilada pela sociedade brasileira, tem seu sucesso atrelado à qualidade do desempenho daqueles que se propõe a atuarem como mediadores. O desempenho está diretamente ligado à adequabilidade e efetividade da formação recebida e atualizada constantemente.

No tocante ao horário oferecido para a realização do curso EaD, o mesmo mostrou-se inadequado para 73,9%. Indagados para que dessem sugestões ou apontassem pontos de melhoria sobre o curso de aperfeiçoamento ofertado, a questão do horário foi comentada por 13 pessoas. Reproduzimos a seguir algumas falas: “Os Cursos ser com horário livre, como ocorre com os Cursos oferecidos pelo Tribunal Federal.” “Ter horário fixo para assistir às aulas, nos impede de participarmos de mais curso.” “O curso ead deveria ser a noite, ao vivo e disponibilizar para acessar quando puder ate o fim do curso porque a maioria trabalha. E a forma de cobrança ser em um lugar só, e seja avaliado se foi entregue tudo até o fim do curso. ” “Mais horários alternativos e mais professores diferentes. ” Também comentaram que:

Principalmente os horários disponibilizados que, para quem trabalha, são restritos e se repetem as mesmas opções, e o sistema de avaliação, que induz a uma participação forçada, onde percebo que as pessoas se repetem, ou repetem trechos dos manuais, apenas para atender a obrigação, não agregando valor ao aluno.

Na modalidade EaD o professor atua como “mediador” ou seja, conectando educador e educando mediante diferentes recursos tecnológicos estabelecendo um canal de comunicação que possibilita ao aluno o acesso ao processo de ensino e de aprendizagem. Este processo se difere do ensino presencial ao valorizar a autonomia dos estudantes, pois prescinde da presença constante de um professor (Ferreira e Figueiredo, 2011).

No que diz respeito sobre os temas abordados nos cursos e da acessibilidade, os respondentes comentaram que: “A formatação da plataforma poderia ser melhorada. É muito confusa e não é de fácil identificação dos caminhos.” “Necessário maior aprofundamento, o EaD fica muito parecido com o curso presencial de 40h.” “Aprofundamento sobre os

¹⁷ Independent Standards Commission – órgão do IMI que estabelece critérios, padrões e materiais correlatos para a certificação do International Mediantion Institute - IMI.

assuntos; participação de profissionais da área com saberes diversificados”. “Os tutores falam sempre nos mesmos aspectos em relação a mediação judicial e horário é horrível, impossível muitas vezes para se acompanhar as aulas.” Comentaram ainda que:

Realizei a pré inscrição para o curso, porém as vagas foram totalmente preenchidas e não pude participar. Depois, tomei conhecimento de colegas que haviam participado do treinamento mais de uma vez, ou seja, além do necessário, e pior, não foram aprovados por não participarem das atividades. Desta forma, penso que um controle maior antes de efetivar a inscrição, uma análise se o candidato já participou, possibilitaria que o curso alcançasse mais interessados.

Perguntados se consideravam importante a realização de cursos de aperfeiçoamento a resposta foi unânime (100,0%). Sendo que 13 (56,5%) comentaram sua resposta, ressaltando a importância da formação continuada: “Não tenho dúvida da necessidade de cursos e também de encontros de supervisão, pois necessitamos de aprendizado constante”. “A função de mediador ou conciliador necessita constante aprimoramento de suas habilidades e competências”. “É importante para buscarmos uma atuação com mais qualidade como mediadoras ou conciliadoras”. “Indispensável, pois não há mediação sem preparo de alto nível”. “A formação continuada deve ser permanente desde que todos possam participar”.

Podemos deduzir que o quesito “horário” é um ponto a ser revisto pelo NUPEMEC, visto que os cursos são ofertados no horário das 11h às 12h, em dias úteis e, assim, não atende as necessidades dos respondentes.

Neste ponto, entendemos que o NUPEMEC deverá re(pensar) o horário em que é ofertado o curso EaD, levando em consideração que 82,6% dos auxiliares da justiça possuem outras profissões, o que dificulta atender ao último requisito da certificação: participação no curso EaD. E, ainda, (re)pensar sobre o conteúdo a ser abordado se de revisão do curso básico ou aprofundamento de outros temas concernentes a mediação.

Ainda segundo Ferreira e Figueiredo (2011), outra característica da educação a distância é a possibilidade de o aluno atuar na construção do próprio conhecimento, desenvolvendo competências e habilidades, o que ajuda na promoção e na transformação social e ética, além de prepará-lo para atuar no mercado de trabalho. As autoras mencionam dados da Associação Brasileira de Educação a Distância (ABED), que os motivos que levam os alunos a evadir são a ausência de tempo e de dinheiro, como também o estranhamento

com o método, avaliação de que o método é muito puxado, ter achado o material de estudo e os recursos escassos.

Neste contexto, fica a reflexão se a participação dos alunos nas aulas síncronas seja fator determinante para a sua capacitação e seu aperfeiçoamento, em detrimento às aulas assíncronas.

3.5 Da disponibilidade e dedicação

Indagados sobre a frequência com que participariam das atividades de aperfeiçoamento 8 (34,8%) responderam que uma vez por semana, 4 (17,4%), uma vez por mês, 7 (30,4%), a cada seis meses, 4 (17,4%), uma vez por ano.

Quando perguntamos: “Você costuma dedicar algumas horas do seu tempo livre para estudar sobre a mediação?” 20 respondentes (87,0%) afirmaram que sim, sendo que destes 14 (60,9%), responderam que dedicam em média entre 30 min a 1h por dia para estudar: “Estudo muito. Tantas horas forem necessárias.” “Por semana mais de 15 horas de estudos.” “A rigor, 2 horas por dia da semana.” “Em torno de 40 horas mensais.” “Em média 30 horas ao mês.” “1 hora diária.” “12h semanais.”

Em outros depoimentos os respondentes não são muito precisos quanto ao número exato de horas por mês dedicadas ao estudo da mediação, como por exemplo: “8 horas, em média.” “muitas, muitas horas.” “seis horas.” “3 a 4 h/m.” “10h/mês.” “5h” e “6h”.

A vantagem do aluno EaD é a possibilidade de ele estabelecer a hora e o local para estudar. Mas para sua efetividade, segundo Netto, Guidotti e Santos (2017) é necessário que o aluno estabeleça uma rotina de estudos entre 12 a 15 horas semanais, saiba gerenciar o seu tempo e estabeleça prioridades a fim de concluir as atividades propostas.

3.6 Tempo dedicado na função de conciliador e mediador judicial

No que diz respeito às horas foi perguntado “Quantas horas por semana você disponibiliza para ser conciliador/mediador?” 10 (43,5%) dos respondentes disseram que dedicam 4h/semanais, 6 (26,1%), dedicam 8h. Assim podemos concluir que mais da metade dos conciliadores e mediadores atuam entre 4h e 8h semanais.

Podemos concluir que os conciliadores e mediadores do TJRS dedicam um tempo significativo para sua atuação como também na formação continuada.

3.7 Do reconhecimento e das expectativas

No que diz respeito à remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais, a Resolução 125, do CNJ, prevê no art. 6º, inciso XI, que o CNJ deverá criar parâmetros de remuneração de mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil. No mesmo sentido, o art. 7º, inciso VIII, prevê que os Tribunais deverão regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação. Do mesmo modo, §5º, do art. 12 preconiza que:

Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, o conciliador e o mediador receberão, pelo seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania *ad referendum* do plenário.

Apesar do Ato nº 28/2017, do TJRS, que prevê a remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais, só 43,5% dos respondentes estão sendo remunerados. Perguntados se a remuneração cobre os investimentos 95,7% responderam que não.

A Resolução nº 271, de 11/12/2018, veio fixar parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Apesar disso, na prática são poucos os conciliadores e mediadores que estão sendo remunerados.

No que se refere às expectativas em relação à profissão dos conciliadores e mediadores, foi possível perceber uma insatisfação e a necessidade de reconhecimento pelo trabalho realizado, pois 56,5% não são remunerados.

Vejamos alguns dos comentários: “Acho que está demorando mais do que o esperado por todos. Sinto que a maioria dos colegas dos cursos de capacitação desistiram de continuar trabalhando mesmo que voluntariamente”. “Espero que efetivamente seja reconhecida como profissão e não como cabide do judiciário”. “A expectativa é que possamos ser valorizados

pelo nosso trabalho que é muito importante para as pessoas, importante para a sociedade como um todo. E que sejamos pago por hora de trabalho, de forma justa e coerente”.

Comentaram ainda:

Que o Tribunal de Justiça assuma sua responsabilidade e pague os conciliadores e mediadores pelo atendimento realizado independente de ter acontecido o acordo, pois o trabalho foi realizado, que esta conta não seja novamente paga pelo cidadão!!!

Acredito que estamos no caminho para, primeiro o reconhecimento da profissão, segundo de uma justa remuneração (como acontece em vários estados) para que isto aconteça com certa urgência, ter uma Lei Estadual promulgada, os honorários dos profissionais sair do orçamento anual do Judiciário Estadual, ratificado pelo CNJ Nacional / Federal. Acredito muito nesta atividade social humanitária. Lamento a lentidão na tomada das decisões do Judiciário Gaúcho e Nacional. União desta nossa classe sempre!

Aproximar as partes e mostrando-lhes que podem auto compor em seus conflitos, sem que elas transfiram aquilo que pode ser a decisão de suas vidas a um terceiro. Contribuir para a celeridade da justiça, diminuindo o número de demandas. Fazer a diferença na vida das pessoas.

Acredito que não apenas o futuro, mas o presente da mediação depende de reconhecimento efetivo por parte da sociedade como uma ferramenta de solução adequada para os impasses. Não cabe ao PJ a exclusividade da formação e da capacitação de mediadores, mas perpassa por ele o reconhecimento efetivo dos profissionais da mediação.

Percebemos que, embora haja previsão de remuneração para os mediadores e conciliadores, conforme determinação do CNJ e do Ato nº 28 do TJRS, na prática nem todos estão recebendo. Além disso, é razoável dizer que para os que estão sendo remunerados, o volume de sessões de conciliação e mediação em que atuam não é o bastante para que os mediadores e conciliadores consigam alcançar uma escala de trabalho que lhes proporcionem uma remuneração adequada (Tartuce, 2016, p.14, nota 49).

3.8 Participação em cursos de aperfeiçoamento em outras instituições

Questionados sobre a participação em cursos de aperfeiçoamento em mediação oferecidos por outras instituições, 22 (95,7%) responderam que sim e destes, 15 (65,2%) realizaram outras formações complementares como Pós-Graduação, Mestrado, participação em Congressos Mundiais. As instituições mais citadas foram: Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e

a Escola Superior da Magistratura (AJURIS) 4 (quatro vezes), o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), a Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS) 3 (três vezes) e a Justiça Federal 2 (duas vezes).

Indagados sobre qual tema da mediação e da conciliação gostaria, de aprofundar as mais citada foram ferramentas¹⁸ utilizadas na conciliação, mediação cível e de família, como a empatia¹⁹, habilidades e competências²⁰. Uma pessoa respondeu paixão.

4 Considerações finais

Como podemos perceber quem decide ser um conciliador e/ou mediador judicial tem um longo e interminável caminho entre a sua capacitação inicial básica e a sua atuação no poder judiciário, uma vez certificado. São eles os protagonistas fundamentais para a implantação desta nova política pública.

Sobre o aperfeiçoamento verificamos que os conciliadores e mediadores judiciais apesar das dificuldades e desafios estão empenhados com a sua atualização e aperfeiçoamento constante. Foi possível perceber que, tanto por parte do Tribunal como por parte dos respondentes, há comprometimento em realizar as formações e capacitações contínuas, com qualidade para que possam certificar-se e re-certificar-se.

Foram apontados pontos de melhorias para o curso EaD como a questão da flexibilização do horário e o conteúdo oferecidos estão entre os mais citados. Verificamos que há empenho por parte dos profissionais em buscar seu aperfeiçoamento em outras instituições de atividades complementares além das oferecidas pelo Tribunal.

O que nos chamou a atenção é que do recebimento do e-mail em 17/06/2019 até a publicação atualizada da lista de conciliadores e mediadores certificados em 27/08/2019, houve uma redução significativa de 25,5% profissionais certificados.

Considerando que a participação no curso EaD é requisito para a certificação e re-certificação, nos termos da Ordem de Serviço nº 01/2019, publicada em 29/04/2019, fica o

¹⁸ Ver em ALMEIDA, Tania. Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos, São Paulo: Dash, 2014

¹⁹ Empatia ou Rapport é o processo de colocar-se no lugar do outro e baseia-se na troca: se nos abirmos com os outros, é muito mais provável que eles façam o mesmo conosco. Ver em KRZYNARIC, Roman, O poder da empatia: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo, tradução Maria Luiza X. de A. Borges, 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

²⁰ Ver em STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Scheila. Conversas difíceis. Tradução Soeli Araujo Ferraresi. 10.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

questionamento se a redução está ou não ligada a realização e aprovação no curso, ou se há outros fatores que influenciaram.

Dentre os conteúdos mais citados estão as ferramentas para provocar mudanças utilizadas nas sessões de mediação e conciliação, como a empatia, bem como as habilidades e competências dos conciliadores e mediadores.

Passados quase 9 anos da entrada da Resolução 125/2010, muito já foi construído e há muito ainda por fazer. Talvez estejamos no momento de fazer uma sessão de mediação entre o tribunal e os conciliadores e mediadores, uma conversa talvez um pouco difícil, mas que com muita empatia, será possível encontrar alternativas que atendam às necessidades e interesses de ambos, a fim de fortalecer a qualidade do trabalho realizado bem como a valorização e reconhecimento dos profissionais para o exercício e permanência na atividade.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. Mediação institucional sistêmica. *In: AJURIS, Escola Superior da Magistratura. ALBERTON, Genacéia da Silva. [Orgs.] Mediação em perspectiva.* Porto Alegre: Editora Mikelis, 2018. cap. 4, p. 83-100.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos**, São Paulo: Dash, 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125, de 29/11/2010**, Brasília/DF : CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria nº 139, de 31/10/2018**. Brasília/DF : CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3614>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 271, de 11/12/2018**, Brasília/DF : CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2780>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

CORRÊA, Marcelo Girade. Desafios e oportunidades para a formação de mediadores baseada em competências. *In: AJURIS, Escola Superior da Magistratura. ALBERTON, Genacéia da Silva. [Orgs.] Mediação em perspectiva*. Porto Alegre: Editora Mikelis, 2018. cap. 9, p 177-191.

FERREIRA, Adriana da Silva; FIGUEIREDO, Márcia Aparecida. **Perfil do Aluno da Educação a Distância no Curso de Didática do Ensino Superior**. Disponível em: <http://www.abed.org.br/congresso2011/cd/7.pdf>. Acesso em 15 out. 2019.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p.18 a 23. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019.

KRZNARIC, Roman, **O poder da empatia: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo**, tradução Maria Luiza X. de A. Borges, 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

LEÃO, Aline. **Perfil e percepções do mediador judicial no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/Gabriela_-_Escola/Aline_Le%C3%A3o_Sociology_of_law_2019_-_vers%C3%A3o_final_corrigida-1.pdf. Acesso em 04 out. 2019.

MOORE, Christopher W., **O Processo de Mediação. Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**, tradução Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NEPOMUCENO, Edith Salete Prando; SCHNEIDER, Michele Scheffel. Mediação pré-processual e a prática na universidade: retrospectiva e perspectiva. *In: AJURIS, Escola Superior da Magistratura. ALBERTON, Genacéia da Silva. [Orgs.] Mediação em perspectiva*. Porto Alegre: Editora Mikelis, 2018. cap. 7, p 141-154.

NETTO, C., Guidotti, V., & Kohls Dos Santos, P. (2017). **A Evasao na EaD: Investigando Causas, Propondo Estratégias**. *Congressos CLABES*. Disponível em: <https://revistas.utp.ac.pa/index.php/clabes/article/view/892>. Acesso em 15 set. 2019.

PORTUGUAL. **Instituto de Mediação Internacional**. Disponível em: <https://www.imimmediation.org/>. Acesso em 30 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Ato nº 28/2017**.

Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/publicacoes-administrativas-do-tjrs/>. Acesso em 30 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Lista de conciliadores e mediadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/relacao-mediadores-conciliadores-cadastrados.html>. Acesso em 21 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Notícias.** Disponível em: <http://www.diligencia.com.br/noticias/23433/nupemec-do-tjrs-aplicacoes-novidades-trazidas-pelo-novo-cpcna-area-de-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 18 mai. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Ordem de Serviço 01/2019.** Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Ordem_de_Servico_01-2019-NUPEMEC.pdf. Acesso em 30 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 04/2012 – Órgão Especial.** Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/resolucao_n_04-2012.pdf. Acesso em 30 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução nº 05/2012 – Órgão Especial.** Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Res_05_2012_OE.pdf Acesso em 30 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Sistema METHIS.** Login. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/methis/#/login>. Acesso em 30 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sistema METHIS. **Manual de instruções do sistema.** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/methis/#/manual>. Acesso em 24 set. 2019

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Scheila. **Conversas difíceis.** Tradução Soeli Araujo Ferraresi. 10.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SURVIO. **Plataforma de pesquisa on line.** Disponível em: <https://www.survio.com/br/>. Acesso em 30 set. 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.** In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). p.14, nota 49. Disponível em:

<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%20no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em 15 out. 2019.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA PRÁTICA INFENSA AO PENSAMENTO INQUISITORIAL

Sabrina Silva Moreschi¹

RESUMO: A investigação preliminar está em crise. A defesa tem uma ínfima participação nessa fase da persecução penal e o Estado se abstém em adequar-se as novas tecnologias da informação, que ensejaram uma nova criminalidade (muito mais sofisticada). Foram criados novos meios de investigação que em nada inovam em relação às técnicas de coligir provas, pelo contrário, elas fomentam os valores autoritários de matriz inquisitorial, que ainda permeiam o inconsciente coletivo do povo e, por conseguinte, também o Processo Penal. O investigado é objetificado, servindo como mero instrumento para a concretização do poder punitivo estatal. A investigação criminal defensiva mostra-se um relevante mecanismo para romper com esse paradigma e concretizar as finalidades jurídicas e metajurídicas da investigação preliminar. Trata-se de um poder-dever do defensor técnico consubstanciado no texto constitucional, em que pese abstenção do legislador infraconstitucional e dos estatutos deontológicos a respeito da matéria. O aludido instituto é utilizado amplamente no Direito norte-americano e italiano como forma de atenuar a disparidade de armas entre Estado e acusado e de garantir uma efetiva defesa. Buscar-se-á demonstrar neste artigo a importância da investigação criminal defensiva para a concretização do princípio acusatório, característico dos regimes democráticos.

Palavras-chaves: Investigação criminal defensiva. Defesa penal efetiva. Novas formas de investigação.

INTRODUÇÃO

A investigação preliminar tem como finalidade precípua atingir juízo de probabilidade acerca de um fato aparentemente delituoso. Assim, pode se afirmar que o inquérito policial também busca evitar acusações infundadas, evitando que o sujeito de direitos sofra estigmatização social e jurídicas, corolário lógicos de um Processo Penal, ainda que venha a ser absolvido.

Contudo, não é o que se constata na prática forense: a verdade é que na fase preliminar busca-se muito mais elementos de encargo acusatório do que de descargo, de modo que o material coletado é de pouca utilidade para a defesa.

Em que pese o texto Constitucional consagrar o princípio acusatório, próprio do Estado Democrático de Direito, a defesa está limitada como um todo, haja vista a

¹ Advogada, graduada em direito pela PUCRS.

mentalidade inquisitorial que ainda permeia o inconsciente coletivo da população, que acaba por moralizar o exercício da advocacia.

Buscar-se-á demonstrar a necessidade da investigação criminal defensiva para a concretização do princípio acusatório, especialmente na fase preliminar da persecução penal, bem como sua relação com dever de diligência do defensor e com o direito dos acusados em geral a uma defesa efetiva.

1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR, INQUISIÇÃO E DIREITO DE DEFESA

A investigação preliminar caracteriza-se por ser um procedimento de natureza preparatória com relação ao processo penal, uma fase prévia, realizada por um órgão estatal, objetivando averiguar autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim justificar o exercício da pretensão acusatória ou o não processo (arquivamento)².

O Inquérito possibilita “a transição entra a mera possibilidade (notícia-crime) e uma situação de verossimilitude (imputação/indiciamento) e posterior probabilidade (indícios racionais), necessária para a adoção de medidas cautelares e para receber a ação penal.”³

Assim, temos que a fase preliminar tem por finalidade, essencialmente, averiguar, em grau de probabilidade, os fatos constantes na notícia crime, a fim de evitar acusações infundadas e, por conseguinte, a estigmatização social e jurídica.

Contudo, o inquérito policial é direcionado à parte acusadora para subsidiar a denúncia ou queixa-crime. Por isso, pode-se afirmar que “a instrução serve, em sentido estrito, quase que exclusivamente à acusação, pois se preocupa basicamente em buscar elementos de cargo, fechando os olhos para o descargo. Na prática, o material produzido serve muito pouco à defesa.”⁴

Isso porque, muito embora a inquisição tenha findado no início do século XIX, ainda é possível constatar resquícios da ideologia inquisitorial na legislação vigente, especialmente na investigação preliminar.

² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 120.

³ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 97-98. Livro digital. O autor refere-se a instrução de inquérito policial.

O sistema inquisitorial foi impulsionado pela fusão semântica entre os conceitos de delito e de pecado, que passam a ser tratados quase que como sinônimos, tornado possível a construção de uma nova persona culpável denominada herege.

Logo, a ideia de delito estava vinculada à de desvio aos dogmas estabelecidos pela Igreja⁵.

“O herege é aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva.”⁶ Em outras palavras, o herege era aquele que se opunha aos dogmas da Igreja, reputados como irretorquíveis, pois a Igreja era considerada como a única possadora de uma verdade absoluta, capaz de conduzir a humanidade à salvação⁷.

Desse modo, a heresia representava máximo perigo à salvação da alma, razão pela qual a Inquisição estabeleceu uma estrutura processual, baseada na doutrina católica, que admitia o uso de tortura como meio para se alcançar a verdade, objetificando o investigado como fonte de obtenção de conhecimento⁸.

“A confissão é tudo na Inquisição, não as provas”⁹, pois “nada prova mais do que a confissão do réu”¹⁰.

Com efeito, a defesa era vista como um obstáculo ao alcance da verdade, por isso sua operatividade era reduzida¹¹. “O papel do advogado é de fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena pelo crime cometido.”¹²

Indubitavelmente, essas ideias autoritárias foram absorvidas pelos regimes ditatoriais.

Nesse passo, é evidente que o Código de Processo Penal de 1941 possui em seu cerne a ideologia inquisitorial, pois gestado em um período autoritário, denominado Estado Novo,

⁵ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

⁶ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes. Rio de Janeiro: Rosa Tempos: 1993, p.12.

⁷ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes. Rio de Janeiro: Rosa Tempos: 1993, p. 10.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 39.

⁹ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes. Rio de Janeiro: Rosa Tempos: 1993, p. 19.

¹⁰ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes. Rio de Janeiro: Rosa Tempos: 1993, p. 19.

¹¹ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Contemporâneo**, I. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia: Freitas Bastos, 2000, p. 234.

¹² EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes. Rio de Janeiro: Rosa Tempos, 1993, p.139.

é com nítida influência do Código italiano, que, dentre outras características autoritárias, presumia o acusado como culpado até que se provasse o contrário¹³.

“O réu era visto como um inimigo do Estado e a Defesa uma instituição contra o Estado e contra a sociedade. O acusado e a defesa deveria, colaborar com o Estado, serem submissos e compreensivos.”¹⁴

Assim, não gera estranheza que o Código de Processo Penal estabeleça em sua exposição de motivos o ajustamento ao “objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra aqueles que delinquem.”¹⁵

Foi a política do Estado Novo o precedente que tornou possível o golpe de 1964. As duas décadas de ditadura militar fortaleceram o controle “dos subversivos da ordem pública”, traçando profundos sulcos que reverberam até os dias atuais no funcionamento do Estado e no inconsciente coletivo da população, que tende a interpretar a propulsão dos Direitos Humanos como tolerância a bandidagem¹⁶.

Como se vê, o Brasil é destituído de tradição democrática; ideias de cerne inquisitorial ainda permeiam o inconsciente coletivo do povo, que clama por punição, e acaba por criminalizar o exercício da advocacia e, por conseguinte, o direito de defesa.

Contudo, importa ressaltar que a inquisitividade da investigação preliminar “não deve ser confundida com o processo penal inquisitório, originário do Direito Penal romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, de triste memória.”¹⁷

Porém, de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritários, o princípio da ampla defesa e do contraditório não se aplica à fase de investigação preliminar, sob o argumento de não se trata de uma instrução de cunho jurídico, não havendo o que se falar em “acusados”, mas, sim, em investigados.

Ora, limitar o direito de defesa na fase preliminar em razão da falta de rigor técnico por parte do legislador quando da utilização do vocábulo “acusados” ao invés de

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 07.

¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3.ed. São Paulo:Atlas, 2016, p. 83. Livro digital.

¹⁵ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. IN: **VADE MECUM PENAL: PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 251.

¹⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 10.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2011, p. 46.

“investigados” é, no mínimo, inidôneo¹⁸. Até porque para uma adequada interpretação do texto legal é imprescindível a aplicação de outros cânones hermenêuticos que não só o literal, ou seja, a literalidade do texto deve ser interpretada em consonância com aspectos históricos, o momento em que a lei foi confeccionada e de acordo com o atual contexto social.

Por óbvio que o legislador assumiu uma postura garantista ao prever a aplicabilidade do princípio do contraditório e ampla defesa “aos acusados em geral” no inciso LV, artigo 5º, da Constituição Federal, contemplando, assim, os imputados em sentido amplo, incluindo, portanto, os investigados em inquérito policial¹⁹.

Logo, o princípio do contraditório e ampla defesa é perfeitamente aplicável à fase preliminar, uma vez que “o conceito de defesa é oposto complementar ao de acusação”²⁰.

Cabe ainda lembrar que “partes do processo em sentido substancial são pessoas as quais se trata de saber se são ou não partes de um delito; em outras palavras, não pessoas que são, mas que parecem ser partes do delito.”²¹ Por isso, em havendo partes “deve ser propiciado o direito de defesa, na sua maior amplitude, em que se traduz, convergentemente, a igualdade (das partes) no processo penal”²².

Como se vê, é inegável que há uma crise no modelo investigatório brasileiro. O modelo inquisitorial é incompatível com as balizares do Estado Democrático de Direito, orientado pelo princípio acusatório e pela prevalência dos direitos fundamentais. A mentalidade inquisitorial ainda permeia o inconsciente coletivo do povo, o que reverbera nas instituições jurídicas, que cedem a clamores populares, conferindo uma moralização ao Processo Penal brasileiro e, por conseguinte, ao direito de defesa. A ruptura dessa mentalidade é o maior desafio para a democratização do Processo Penal.

Outro aspecto que caracteriza a crise no sistema investigatório preliminar são as obsoletas formas de investigação. Estado se abstém em se adequar as novas tecnologias, que

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468. Livro digital.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 468-470. Livro digital.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**: tomo I. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 223.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**: tomo I. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 176.

²² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2011, p.129.

já se impuseram, priorizando a prova testemunhal em detrimento das provas de cunho científico

Ora, “a evolução tecnológica está a exigir do Estado mudanças urgentes na investigação criminal”²³.

2. CRISE NO MODELO INVESTIGATÓRIO BRASILEIRO: NOVAS TECNOLOGIAS E NOVA CRIMINALIDADE

O advento da internet suscitou mudanças nos meios de comunicação, integralizando o digital aos fenômenos sociais, criando um ambiente inédito, denominado pelos sociólogos pós-modernos de ciberespaço.

As novas tecnologias mudaram os espaço/tempo, proporcionando conexão em tempo real que diluiu, quase que instantaneamente, os intervalos de tempo²⁴, bem como a linha limítrofe entre o espaço público e o privado²⁵.

Paul Virilio afirma que a eletrificação dos países mudou o ambiente urbano e doméstico, aumentando a duração do dia, além de proporcionar controle do ambiente em tempo real, tendo em vista a permanente inspeção através de satélites e câmeras de segurança²⁶.

Contudo, em que pese o avançado tecnológico, há um grande atraso da ciências jurídicas no que diz respeito à adaptação às novas tecnologias. Conforme assinala Thums, “o homem das ciências jurídicas no Brasil continua atrelado a métodos rudimentares de investigação e empregando sistemas processuais que pretendem reconstituir fatos passados sob a pretensão de descobrir uma verdade material, absoluta.”²⁷

O surgimento de uma nova criminalidade é corolário lógico do avanço tecnológico. A globalização possibilitou à superveniência de novos crimes e remodelou o *modus operandi* de outros já capitulados, que crescerem e se sofisticaram. Esse progresso da criminalidade

²³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 63.

²⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. Falar em tempos, viver o tempo!. IN: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Tempo e historicidades**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016, p. 35. ’

²⁵ LYOTARD, Jean-François. **O Inumano, considerações sobre o tempo**. Tradução. Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Editora Estampa, 1997, p. 55.

²⁶ VIRILIO, Paul. **Inércia Polar**. Lisboa: Dom Quixote, 1993, p.17.

²⁷ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 58.

vem gerando um forte apelo popular por uma política criminal mais dura, autoritária e penalizadora, especialmente no que concerne ao crime organizado²⁸.

A criminalidade organizada é um fenômeno criminógeno contemporâneo e difuso, incompatível com as velhas formas de investigação moldadas sob a perspectiva de crimes tradicionais, evidenciando as dificuldades inerentes à persecução penal²⁹.

Consciente acerca das barreiras enfrentadas pela investigação tradicional em relação aos novos crimes, o legislador previu na lei n.º 12.850/13, em seu artigo 3º e seus incisos, oito novos meios investigatórios e de obtenção de provas, dentre elas a colaboração premiada, ação controlada e infiltração de agentes.

Ocorre que essas novas formas de investigação em nada inovam em suas técnicas ao cooptarem o sujeito, objetificando-o como meio de obtenção de provas acerca dos demais autores e da materialidade da infração noticiada ou investigada, como ocorre na colaboração premissa³⁰, ou quando não usurpam garantias fundamentais do investigado, a exemplo do direito à intimidade e do direito à contraprova, maculados pela infiltração de agentes e pela ação controlada, respectivamente.

Não se melhora a investigação desrespeitando direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, pretende-se demonstrar, como ocorre em países como os EUA e a Itália, nos quais há previsão legal acerca da investigação criminal defensiva, que a participação do indivíduo na investigação aprimora o procedimento.

3.A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

3.1. Análise no direito estrangeiro

3.1.1 Experiência no direito norte-americano

De início, cumpre assinar que o modelo norte-americano é tipicamente adversarial, ou seja, a gestão das provas incumbe estritamente as partes, que devem comprovar os fatos alegados através de um complexo processo de persuasão³¹.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI Raúl. **Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 36.

²⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento.** Curitiba: Juruá, 2013, p. 23.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal.** Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 125.

³¹ GOODPASTER, Gary. On the Theory of American Adversary Trial. IN: **Journal of Criminal Law and Criminology.** School of Law Northwestern University, v. 78, nº 1, 1987, p. 120.

Isso porque, o Processo Penal italiano consagra o princípio da liberdade das provas³².

É o princípio da liberdade das provas que fomenta o procedimento de colheita de provas, denominado “*discovery*”, que antecede o *trial* - discussão pública de todas as provas coletadas e julgamento³³.

A “*discovery*” é um mecanismo de “descobrimto” de provas, que permite que a parte adversa tenha acesso às provas coligidas pela parte contrária e a aquisição de elementos de prova que possam ser úteis³⁴.

Sendo assim, pôde-se dizer que o sistema norte-americano não adota o “procedimento surpresa” ao permitir à defesa amplo acesso aos elementos de provas, permitindo que a defesa possa tomar decisões estratégicas, haja vista que o advogado não dispõe das mesmas ferramentas que dispõe o Estado para iniciar uma investigação³⁵.

Há, portanto, uma verdadeira investigação feita pela sujeito.

“Neste contexto é que se insere a relevância da chamada investigação defensiva.”³⁶ Em que pese não haja previsão legal a respeito da investigação criminal defensiva, como é típico dos sistema da *common law*, devem ser observadas as diretrizes estabelecidas nos textos constitucionais e as orientações emanadas dos Tribunais³⁷.

No Direito estadunidense, “o principal marco legislativo do processo penal constitucional norte-americano é a 6ª Emenda à Carta Política, que é parte integrante da chamada Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), ratificada em 1791”³⁸, que dispõe a respeito dos direitos fundamentais do cidadão, incluindo o direito de apresentar defesa (*right to present a defense*).

³² ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema**, v. 8, n. 14, jan./jun. 2016, p. 205.

³³ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, sp.

³⁴ FOLLE, Francis Perondi. **A prova sem urgência no Direito Norte-Americano: um exame do instituto da Discovery**. Revista de Processo. São Paulo, v. 204, pp. 131- 152, , 2012, 134.

³⁵ ROBERTS, Jenny. Too little, too late: ineffective assistance of counsel, the duty to investigate and pretrial discovery in criminal cases. **Fordham Urban Law Journal**. May. 2004, pp.1097-1156. Disponível em: <http://go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&u=capes&id=GALE%7CA125954960&v=2.1&it=r&sid=AON>.

Acesso em: 31 de out. de 2018. Tradução livre.

³⁶ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; NETTO, Eurico da Cunha. **A Investigação Defensiva como Corolário da Igualdade Processual e do Direito à Prova**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourado, MS., v. 17, n. 33, jan./jun. 2015, p. 140.

³⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2009. f. 100-101.

³⁸ MALAN, Diogo. A Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012, p. 281.

Muito embora a Constituição norte-americana não consagre o dever do defensor técnico de investigar, a *American Bar Association Standards for the Administration of Criminal Justice*, estabelece na norma 4-4 o dever de investigar, assim como as diretrizes a serem observadas pelo defensor técnico na fase do *discovery*, quais sejam: o dever do advogado de conduzir as investigações, independentemente da confissão do acusado, explorando todas as vias relevantes para o julgamento do mérito da causa ou atenuação da pena, no caso de condenação; não adquirir a posse de uma prova quando seu único intuito for obstruir seu acesso³⁹.

Ocorre que essa lógica de cooperação pode gerar estranheza em sistema processual acostumados com a *civil law*, como o brasileiro, que sofreu considerável influência do direito italiano, o qual, por sua vez, atualmente vem sendo cada vez mais influenciado pelos ordenamentos jurídicos da *common law*, por motivos que não cabe aqui discutir⁴⁰.

Assim, absolutamente fundamental que se faça o exame do modelo processual penal italiano, de modo a verificar a adoção da investigação criminal defensiva no seu sistema.

3.1.2. A experiência no direito italiano.

O Código de Processo Penal italiano sofreu grande modificação estrutural, passando de um modelo misto para um modelo predominantemente acusatório, definindo com clareza a função de cada uma das partes no processo, extirpando a figura do juiz inquisidor⁴¹.

A divisão de funções na investigação permitiu que acusação e defesa atuem em igualdade de condições em todas as fases da persecução penal⁴². Pode-se dizer, com isso, que “a investigação defensiva surgiu para contrabalançar o viés acusatório das *indagini preliminari*, dirigidas pelo Ministério Público.”⁴³

³⁹ MALAN, Diogo. A Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012, pp. 284-285.

⁴⁰ MALAN, Diogo. A Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012, p. 280.

⁴¹ VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o projeto de Código Penal e Investigação Defensiva. **Revista Brasileira Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 107, pp. 309-336, 2014, p. 316.

⁴² DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 363.

⁴³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2009. f. 112.

No tocante às fontes, o legislador priorizou a prova testemunhal, dada sua relevância no julgamento criminal⁴⁴. Logo, está positivada a possibilidade de o defensor ter coligir declarações, com pessoas que sejam aptas a fornecer elementos úteis à investigação, assim como de receber declarações ou obter informações⁴⁵.

O Estatuto deontológico dos Advogados italianos (Código de Ética Forense de 1997), também prevê a investigação criminal defensiva e os deveres a serem observados pelos defensores, incluindo a obrigação de informar as pessoas interrogadas sobre o caso que ensejou a investigação, excluindo qualquer obrigação de informar também o nome do acusado; levar à conhecimento do advogado da parte ofendida informações sobre esta; além de documentar integralmente as declarações recebidas⁴⁶.

É notório que se trata de um sistema calcado predominantemente no sistema acusatória, porém ainda se verifica alguns resquícios de cerne facista.

O Ministério Público, por exemplo, possui autonomia para conferir sigilo legal de certos atos que deveriam ser de conhecimento do acusado⁴⁷, mas a previsão legal da investigação criminal defensiva no Código de Processo Penal e no estatuto deontológico do advogado já representa um grande avanço⁴⁸.

Postas as questões de direito estrangeiro, passamos agora a verificar a compatibilidade ou não da investigação criminal defensiva com o sistema brasileiro.

3.2 Possibilidade/compatibilidade com o modelo brasileiro

Conforme já discutido outrora, a investigação criminal defensiva encontra fundamento: “(a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas.”⁴⁹

⁴⁴ GIUSEPPE, Simone. Le indagini (o investigazioni) difensive: intervista all'avvocato Simone Giuseppe Latte del Foro di Cagliari. **Diritto: portale giuridico**. Milan, 2013. Disponível em: <https://www.diritto.it/le-indagini-o-investigazioni-difensive-intervista-all-avvocato-simone-giuseppe-latte-del-foro-di-cagliari/>. Acesso em: 06 nov. 2018. Tradução livre.

⁴⁵ EDIZIONI SIMONE. **Indagini Difensive**: Indagini preliminari e processo penale: cosa sono le indagini difensive. Cosenza: La Legge per Tucci, 2017. Disponível em: https://www.laleggepertutti.it/183746_indagini-difensive. Acesso em: 06 nov. 2018. Tradução livre.

⁴⁶ Le indagini difensive. **Axerta**. Disponível em: http://www.axerta.it/approfondimenti/le_indagini_difensive.html. Acesso em: 06 nov. 2018. Tradução livre.

⁴⁷ DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 366.

⁴⁸ ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça Sistema**, v. 8, n. 14, jan./jun. 2016, p. 204.

⁴⁹ MALAN, Diogo. A Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012, p. 288.

Nunca é demais lembrar que limitar o inquérito à acusação constitui uma verdadeira antecipação de provas em desfavor ao acusado, até porque não existe equilíbrio sem oposição. Para haver contrabalanceamento, deve-se permitir que a defesa pesquise fontes de prova de com a mesma autonomia que dispõe os órgãos de acusação⁵⁰.

Logo, a paridade de armas na investigação preliminar é uma necessidade democrática.

No que concerne aos estatutos deontológicos, o provimento 188/2018 prolatado pelo Conselho Federal da OAB passou a regular aspectos da investigação defensiva, categorizando-a como prerrogativa funcional. Em que pese o avanço, ainda é necessário a edição de uma lei que sedimente a imprescindibilidade do aludido procedimento.

Ora, a investigação criminal defensiva “não pode ser vista como faculdade, a ser exercida ou não de forma discricionária, segundo as conveniências pessoais de cada defensor técnico. Pelo contrário, a investigação criminal defensiva se consubstancia em verdadeiro poder-dever.”⁵¹

Isso porque, a defesa técnica é uma das mais importantes garantias do acusado. A efetividade da defesa técnica está intrínseca à investigação criminal defensiva, que se consubstancia, portanto, como um dever ético inerente ao múnus da advocatício criminal⁵².

O projeto de lei n. 156/09 (PLS 156/2009), que tramita sob o número PL 8.045/04 na Câmara dos Deputados, também dispõe acerca da investigação criminal defensiva na redação provisória do artigo 13, “numa tentativa de alinhamento com a maior parte das legislações da Europa continental e mesmo em face da estrutura do Tribunal Penal Internacional”⁵³, contudo disciplinando-a como uma faculdade, além de atribuir funções de supervisão e controle ao Ministério Público.

Como se vê, os meios investigatórios ainda permanecem limitados, pois o material colhido será juntado aos autos do inquérito somente após passar pelo crivo da Autoridade Policial, de acordo com o que dispõe a redação provisória do artigo 13, §5º, do PL 8.045/04.

⁵⁰ VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o projeto de Código Penal e Investigação Defensiva. **Revista Brasileira Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 107, pp. 309-336, 2014, pp. 319-320.

⁵¹ MALAN, Diogo. A Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012, p. 293.

⁵² MALAN, Diogo. A Investigação Defensiva no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Comentários ao anteprojeto de investigação criminal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 789, pp. 457-481, 2001, p. 458.

Não há previsão no sentido de possibilitar a defesa o encaminhamento do material coligido diretamente ao juiz de garantia o conjunto do material⁵⁴.

O projeto de lei 156/09 reforça o descrédito da defesa e, além disso, seleciona o alcance da investigação criminal defensiva, ao instituí-la como uma faculdade, pois, como o aludido projeto trata a defesa efetiva como uma possibilidade e não uma obrigação, poderá o Poder Público continuar se abstendo de implementar recursos materiais e pessoais às Defensorias Públicas. Ora, “o direito fundamental à defesa técnica é de todo e qualquer cidadão, sem qualquer discriminação, independente da natureza do seu defensor.”⁵⁵

Ao elidir a Defensoria Pública do poder-dever de investigar, o Código de Processo Penal “continuará privilegiando os sujeitos com condições de contratar escritórios com estrutura técnica e profissional capacitada à investigação criminal⁵⁶.

Por derradeiro, assinala-se ser necessária a sedimentação do valor ético na cultura dos juristas e legisladores, a fim de romper com a mentalidade inquisitorial que permeia o inconsciente coletivo e, por conseguinte, viabilizar a investigação criminal defensiva.

4. CONCLUSÃO

Em que pese não obstáculo formal para a realização da investigação criminal defensiva, em qualquer parte da persecução penal, é imperioso concluir que a realização de forma plena esbarra em múltiplos fatores, que não se restringe ao processual.

Ideias inquisitórias e de cerne autoritário ainda estão presentes na mentalidade do povo desde do século XV, período em foi instaurada a inquisição, as quais foram reforçadas pelos golpes de 1937 e de 1964.

A ruptura dessa mentalidade é o maior desafio para democratização do Processo Penal brasileiro. Não é atoa que há tanta resistência em descentralizar a atribuição de investigar e julgar da Autoridade Policial, em que pese a Constituição Federal consagrar o princípio acusatório em seu texto legal.

⁵⁴ VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o projeto de Código Penal e Investigação Defensiva. **Revista Brasileira Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 107, pp. 309-336, 2014, pp. 319.

⁵⁵ MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal efetiva. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, v. 1, pp. 67-94, jan./jun., 2006, p. 77.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, pp. 48-49.

Por isso, o exercício da advocacia criminal é tão árduo e obstaculizado. O advogado ainda é visto como um inimigo ao bom andamento do processo e da celeridade da persecução penal. As instituições cedem à opinião pública não medindo esforços para fundamentar uma decisão (seja ela de cunho administrativo ou judicial) que faça jus ao clamor popular, ainda que isso represente uma arbitrariedade, indo na contramão do princípio da legalidade.

Isso consiste em nada menos do que uma moralização do direito de defesa, resultado de uma tradição inquisitorial ainda muito presente, caracterizando um dos pontos de crise no Processo Penal brasileiro, especialmente quando falamos em investigação preliminar.

Logo, a ausência de tradição democrática corrobora o sistema inquisitório, que prospera na investigação preliminar, e contamina algumas das novas formas de investigação, especialmente a delação premiada, ação controlada, e agente infiltrado, meios que afetam garantias fundamentais do investigado, como o direito à intimidade por exemplo, além de não lhe proporcionar o direito à contraprova.

As novas formas de investigação em nada inovam em suas técnicas ao reduzir o investigado a um mero instrumento de informação, pelo contrário, escancaram a abstenção do Estado em se adaptar às novas tecnologias da informação, as quais deram ensejo à nova criminalidade.

Outro aspecto que caracteriza a crise na investigação preliminar são as obsoletas formas de investigação, que priorizam a prova testemunhal, abstendo-se das provas de cunho mais científico.

Atualmente, tudo é célere e por isso perecível, o que impõe novos meios para obtenção de provas, afastados das antigas metodologias, evidentemente.

A investigação criminal defensiva tem sido amplamente utilizada pelo direito estadunidense e italiano. Nesses sistemas eleva-se o investigado a categoria de sujeito de direitos ao permitir sua participação através de seu defensor técnico, assegurando-lhe o direito à defesa efetiva, não constituindo a aludida forma de investigação uma faculdade do acusado mas sim um poder-dever do defensor técnico.

Desse modo, é necessário a sedimentação do valor ético de investigar na cultura dos legisladores e dos juristas, posto que a efetiva defesa não é regulada pela legislação infraconstitucional e pelos estatutos deontológicos, e é trata como algo prescindível pela jurisprudência majoritária, ainda que se trate de um notável caso de negligência ou imperícia,

em que pese o texto constitucional consagre tal basilar ao prever que defesa será exercida com todos os meios e recursos a ele inerentes.

Por fim, é de se salientar que o vetor “paridade” reclama a participação da defesa na investigação preliminar, uma vez que não há o que se falar em equilíbrio quando inexistente oposição, de modo que nem a defesa e nem acusação possam impor suas perspectivas como a única verdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. IN: **VADE MECUM PENAL: PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BATISTA, Nilo. Matrizes **Ibéricas do Sistema Penal Contemporâneo**, I. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia: Freitas Bastos, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**: tomo I. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR , Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Comentários ao anteprojeto de investigação criminal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 789, pp. 457-481, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 366.

EDIZIONI SIMONE. **Indagini Difensive**: Indagini preliminari e processo penale: cosa sono le indagini difensive. Cosenza: La Legge per Tucci, 2017. Disponível em: https://www.laleggepertutti.it/183746_indagini-difensive. Acesso em: 06 nov. 2019. Tradução livre.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes. Rio de Janeiro: Rosa Tempos: 1993.

FOLLE, Francis Perondi. **A prova sem urgência no Direito Norte-Americano**: um exame do instituto da Discovery. Revista de Processo. São Paulo, v. 204, pp. 131- 152, , 2012.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Falar em tempos, viver o tempo!. IN: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Tempo e historicidades**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e *Common Law* em uma Perspectiva Comparada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal.** Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro digital.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIUSEPPE, Simone. Le indagini (o investigazioni) difensive: intervista all'avvocato Simone Giuseppe Latte del Foro di Cagliari. **Diritto: portale giuridico.** Milan, 2013. Disponível em: <https://www.diritto.it/le-indagini-o-investigazioni-difensive-intervista-all-avvocato-simone-giuseppe-latte-del-foro-di-cagliari/>. Acesso em: 06 nov. 2019. Tradução livre.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI Raúl. **Crime Organizado:** Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOODPASTER, Gary. On the Theory of American Adversary Trial. IN: **Journal of Criminal Law and Criminology.** School of Law Northwestern University, v. 78, nº 1, 1987.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013. Livro digital.

Le indagini difensive. **Axerta.** Disponível em: http://www.axerta.it/approfondimenti/le_indagini_difensive.html. Acesso em: 06 nov. 2019. Tradução livre.

LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea.** Porto Alegre: Sulina, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital.

LYOTARD, Jean-François. **O Inumano, considerações sobre o tempo.** Tradução. Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Editora Estampa, 1997.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva.** 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal efetiva. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, v. 1, pp. 67-94, jan./jun., 2006.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; NETTO, Eurico da Cunha. **A Investigação Defensiva como Corolário da Igualdade Processual e do Direito à Prova**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourado, MS., v. 17, n. 33, jan./jun. 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris. Livro digital.

ROBERTS, Jenny. Too little, too late: ineffective assistance of counsel, the duty to investigate and pretrial discovery in criminal cases. **Fordham Urban Law Journal**. May. 2004, pp.1097-1156. Disponível em:
<http://go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&u=capes&id=GALE%7CA125954960&v=2.1&it=r&sid=AON>. Acesso em: 31 de out. de 2019. Tradução livre.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2011.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o projeto de Código Penal e Investigação Defensiva. **Revista Brasileira Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 107, pp. 309-336, 2014.

VIRILIO, Paul. **Inércia Polar**. Lisboa: Dom Quixote, 1993.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 39.

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema**, v. 8, n. 14, jan./jun. 2016, p. 205.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PERDA DA CHANCE NA ATIVIDADE MÉDICA

Sara Daniela Silva de Souza¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo da responsabilidade civil aplicada à teoria da perda de uma chance na atividade profissional do médico. A perda da chance surgiu na França na década de 60, e preza pela chance real, séria e não hipotética que o sujeito perdeu em decorrência do ato de outrem. O estudo apresentará a responsabilidade civil do médico, examinada pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a responsabilidade civil dos profissionais liberais. Na teoria da perda da chance será estudada a sua natureza jurídica, o conceito, as suas formas de ressarcimento e sua vinculação com a atividade médica.

Palavras-chave: médico; perda da chance; responsabilidade civil.

1 INTRODUÇÃO

A perda de uma chance surgiu primeiramente na França, a partir de 1965, e após foi introduzida em outros países, como por exemplo, a Itália e os países do sistema da *common law*. No Brasil, a responsabilidade civil pela perda de uma chance é algo relativamente novo, visto que o Código Civil de 2002 não tratou especificamente do tema.

A teoria da perda de uma chance surge como uma forma de indenizar o dano injusto, provocado por um terceiro, que impede a pessoa que foi prejudicada de obter uma oportunidade futura que poderia lhe causar um benefício.

A perda de uma chance preza pela chance efetiva. No entanto, traz consigo certa discussão na doutrina em relação à natureza do dano passível de indenização: se seria um dano patrimonial ou extrapatrimonial. Ademais, há discussões na doutrina sobre qual seria o critério para a verificação da oportunidade perdida para fins de reparação do dano.

Certamente surgem algumas indagações acerca da teoria da perda de uma chance, como: o que é a chance? Como ela é interpretada pela doutrina? Como a chance perdida é quantificada para fins de indenização? Como é operada a responsabilidade dos médicos em relação à perda de uma chance de cura ou de sobrevivência? Estes questionamentos serão abordados ao longo deste estudo.

¹ Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela FMP. Graduada em Direito pela PUCRS. Advogada OAB/RS 115.219 . E-mail: sara.souza@acad.pucrs.br

A responsabilidade civil do médico será estudada a partir da incidência do Código de Defesa do Consumidor, será examinada a natureza contratual e subjetiva da responsabilidade médica.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance na atividade médica é assunto de extrema importância, pois traz à tona a responsabilidade que o médico tem com o paciente de fornecer o tratamento adequado, e caso isto não seja realizado há possibilidade de o paciente se ver indenizado pela chance perdida.

2 DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E SUBJETIVA DO MÉDICO

A responsabilidade civil surge do dever de indenizar a outrem quando há a violação de um interesse individual ou coletivo, seja um dano causado à pessoa ou ao seu patrimônio. Ademais, o prejuízo ocasionado deve ser ressarcido na medida da extensão do dano, proporcionando a vítima o *status quo ante*.

Dessa forma, a responsabilidade civil do médico é contratual, em regra, já que decorre da violação de uma obrigação de prestação de serviços contratada pelo paciente, considerada *sui generis*, pois consiste no trabalho técnico remunerado que possui reflexos patrimoniais como na reparação de um erro médico. O médico também poderá responder em juízo pela responsabilidade extracontratual como na omissão de socorro, quebra de sigilo médico ou atestados médicos falsos, dependendo do caso concreto; a responsabilidade civil do médico pode não decorrer de um contrato, por exemplo, quando o médico faz atendimentos de urgência na rua².

O contrato entre médico e paciente pode ser escrito, tácito ou verbal. Geralmente, o médico obriga-se a prestar seus serviços, com seus conhecimentos técnicos, ao cliente de forma verbal, e o paciente acorda com o profissional da medicina devendo seguir suas orientações e cooperar para o devido tratamento³.

Sérgio Cavalieri Filho menciona que a natureza contratual da responsabilidade médica deve ser analisada sob duas formas: a responsabilidade do médico pela sua prestação

² SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 35-36.

³ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

de serviços feita de forma pessoal e direta como profissional liberal; e a responsabilidade do profissional da área da saúde com atendimentos realizados em hospitais, clínicas, laboratórios com vínculo empresarial⁴.

A responsabilidade pessoal do médico pelos danos causados é pautada na culpa. Para a verificação de culpa do médico é necessário que se estabeleça o nexo causal entre o dano e a conduta médica por negligência, imperícia ou imprudência; presume-se culpa quando há um erro grosseiro. Contudo, cada paciente possui organismo diferente, e pode reagir de forma distinta a uma mesma doença⁵.

Conforme Miguel Kfoury Neto⁶:

O exercício da arte médica envolve os médicos em frequentes riscos para combater as doenças. O resultado do tratamento não depende apenas de seus conhecimentos científicos e competência. Depende, igualmente, das características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de toda sorte de fatores imprevisíveis inerentes à atividade curativa. O dano resultante do ato médico não é necessariamente decorrente da culpa médica.

O erro é a ação ou omissão do profissional que produz um resultado diverso daquele esperado e, que produz um prejuízo. O erro médico é a atuação do profissional em desacordo com aquilo que é almejado pela ciência médica, é uma falha cometida pelo médico. Por meio de uma comparação de atuações profissionais, é realizado um juízo de valor onde se analisa a conduta médica que provocou o prejuízo e a conduta eficaz que evitaria o dano⁷.

José de Aguiar Dias ensina que⁸:

Na apuração de responsabilidade há que atender a estas normas: *a*) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; *b*) é indispensável estabelecer a relação de

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas e consentimento informado**. Responsabilidade civil em pediatria e Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102-103.

⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 47-49.

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 283.

causa e efeito entre o dano e a falta do médico, que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato.

Cabe destacar que a responsabilidade dos profissionais liberais, como médicos e advogados, encontra-se disposta no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”⁹.

A responsabilidade do médico é primada pela responsabilidade subjetiva que determina que o agente somente responda pelos danos causados com a prova de que este agiu com culpa. O Código de Defesa do Consumidor trouxe esta exceção aos profissionais liberais; contudo, para os hospitais a responsabilidade é objetiva¹⁰.

É importante mencionar que o médico é responsável pelos danos causados pelas pessoas que se submetem diretamente à suas ordens. É presumida a culpa do profissional em decorrência do ato de terceiro, pois o indivíduo agiu conforme o que o médico pediu, por exemplo, a enfermeira que aplica a injeção recomendada pelo médico e que causa a paralisia no corpo do doente¹¹.

A obrigação do médico é, em regra, de meio, ou seja, o profissional da medicina deve empregar todos os seus conhecimentos técnicos para a obtenção do tratamento adequado à doença de seu paciente; todavia, o médico não possui a obrigação de fornecer o resultado almejado pelo cliente, mas, sim, de utilizar todos os meios necessários para conseguir atingir o objetivo¹².

Já a responsabilidade do médico cirurgião plástico é de resultado, pois a natureza desta cirurgia é estética e embelezadora; o paciente é saudável e quer melhorar a aparência e o médico deve agir de forma a concretizar o resultado esperado pelo cliente. Entretanto, na cirurgia plástica para reparar alguma deformidade, queimaduras ou cicatrizes em virtude de um acidente, a obrigação do cirurgião é meio, visto que a finalidade não é o embelezamento,

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 5. ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹² SILVA, Regina Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexo causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. 2. ed. In: SILVA, Regina Beatriz da. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15-16.

mas, sim, a reparação estética do infortúnio sofrido; o médico deve agir da melhor maneira possível com cautela e diligência¹³.

Há uma corrente doutrinária minoritária que defende que a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico é de meio, pois cada paciente possui um tipo de organismo que pode ter uma reação diferente à cirurgia¹⁴.

O médico possui alguns deveres inerentes à sua profissão. O dever de prestar informações ao paciente sobre seu verdadeiro estado clínico, sobre o diagnóstico e os exames a que o enfermo será submetido, e de aconselhar sobre os tratamentos médicos a serem adotados como a intervenção cirúrgica, os possíveis riscos, os remédios e seus efeitos colaterais, entre outras condições para que o paciente tenha ciência do procedimento médico¹⁵. O artigo 6, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor retrata como direito básico do consumidor o dever de informação¹⁶.

O Código Civil em seu artigo 15 aduz que precisa haver o consentimento informado do paciente: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”¹⁷.

O dever de informar é obrigação de resultado, embora a prestação principal dos serviços médicos seja obrigação de meio. O dever de informar é um dos principais deveres do princípio da boa fé que deve ser respeitado pelo médico e pelas entidades hospitalares. Cláudia Lima Marques afirma que na perda da chance no dever de informar quando há erro médico, é dano moral autônomo. O consumidor perde a chance de tratar-se com outro médico ou de evitar ter feito o tratamento que lhe causou um dano em virtude da falta de informação prestada pelo médico. O profissional da saúde deve informar detalhadamente sobre o tratamento e seus riscos, não basta uma explicação breve, para obter o consentimento do paciente e de sua família deve observar o princípio da boa fé; a informação dada pelo

¹³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 486-487.

¹⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 120.

¹⁶ Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor: são direitos básicos do consumidor: III- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

¹⁷ 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/L10406.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

médico deve ser ampla para que o consumidor decida se quer fazer a cirurgia ou tratamento, ou se quer consultar outro profissional, devido aos custos, procedimentos, riscos e as suas vantagens ou desvantagens¹⁸.

O profissional médico deve respeitar a vontade do doente; entretanto, o enfermo deve estar consciente de suas faculdades mentais sobre o tratamento a ser utilizado e a eventual recusa do mesmo, pois prevalece a sua autonomia¹⁹. O consentimento do paciente deve ser feito por ele mesmo, por um representante legal ou por um familiar principalmente em casos de cirurgias que tragam risco de vida ou dano ao enfermo, pois cabe a pessoa decidir sobre sua saúde e os riscos que possa vir a sofrer se aceitar o tratamento, é importante ressaltar que o consentimento pode ser dispensado somente em caso de urgência. Os requisitos para a concessão do consentimento são que o paciente aceite de forma voluntária, que ele seja capaz e que tenha sido previamente esclarecido sobre o procedimento médico²⁰.

É importante destacar que a responsabilidade do hospital é objetiva e está pautada no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14 que enuncia: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”²¹. Portanto, as pessoas jurídicas respondem independentemente de culpa.

O hospital por ser considerado um fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados em virtude de suas atividades e pelos atos culposos de seus funcionários. O hospital responde pelo fato do serviço que é o defeito ou má prestação do serviço que acarreta danos ao consumidor de natureza patrimonial ou extrapatrimonial e, que decorre de um acidente de consumo²². É disciplinado no artigo 14, §1º, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor.

O hospital responde pela prova de que seus prepostos agiram com culpa; contudo, quando o médico não possui vinculação com a entidade hospitalar e a utiliza somente para

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. vol. 827. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

¹⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico. In: SILVA, Regina Beatriz da. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111-112.

²⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

internar seus clientes particulares, o hospital não é responsabilizado, apenas o médico, de acordo com a corrente doutrinária majoritária. O hospital responde objetivamente pelos danos causados pelos seus aparelhos, instrumentos, e objetos pertencentes à atividade empresarial²³.

Cabe salientar que a responsabilidade civil pela perda de uma chance aplica-se ao médico que, por culpa, retira da vítima uma oportunidade futura melhor²⁴. Destarte, será analisada a configuração da teoria da perda de uma chance.

3 DA CONFIGURAÇÃO DA PERDA DA CHANCE

A responsabilidade civil pela perda da chance surge em 1965, na França, através de uma decisão judicial da Corte de Cassação Francesa em que o paciente perdeu a chance de cura da sua doença em virtude do erro do médico ao fornecer o diagnóstico errado. A corte francesa aderiu à teoria em razão da perda da chance de sobrevivência do enfermo.

A teoria da perda da chance se caracteriza pela perda da chance benéfica que vítima teria se não ocorresse o dano. O dano precisa ser atual e chance deve ser séria e real baseada na probabilidade ou expectativa que o lesado possuía antes de ocorrido o dano. A chance perdida é a possibilidade de obter um ganho, ou de evitar um prejuízo ou uma perda²⁵.

Nesse sentido Sérgio Severo:²⁶

A questão da perda da chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano causado quando a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça.

A certeza é elemento imprescindível para a reparação do dano. A noção de certeza da lesão é vista sob duas formas, a primeira seria de forma hipotética, quando o prejudicado conseguiria uma situação melhor se não fosse ocasionado o infortúnio; e a segunda seria de

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 5. ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁴ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. vol. 40. São Paulo: **Revista de direito privado**, 2009.

²⁵ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: Natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

²⁶ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11.

acordo com o fato que ocorreu na realidade, quando ocorre a diminuição do *status quo ante* da vítima²⁷.

Conforme Grácia Cristina Moreira do Rosário²⁸:

A perda de uma oportunidade ou chance constitui zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas o fato de um terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

Daniel Amaral Carnaúba afirma que a chance é algo abstrato e de difícil mensuração, que se baseia em possibilidades e expectativas. Para ser indenizada a chance perdida é preciso que a chance seja certa e séria. A reparação da chance deve levar em consideração a prova concreta de que a expectativa do prejudicado foi lesada pela chance perdida. Os interesses e expectativas insignificantes são rechaçados; é preciso avaliar no caso concreto, se a vítima realmente possuía condições de obter um lucro ou de evitar uma perda; portanto, a perda da chance não é baseada em estimativas infundadas²⁹.

Miguel Kfoury Neto ensina que³⁰:

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida - e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo - e certeza na probabilidade.

Os pressupostos para a configuração da perda da chance são: a conduta humana voluntária por ação ou omissão, o dano, ou seja, a chance perdida, a culpa (quando houver responsabilidade subjetiva) e o liame de causalidade entre o agente e a chance perdida. No nexo de causalidade é difícil estabelecer a certeza do dano, se a conduta do agente fez a vítima perder a oportunidade de obter êxito em algo ou de pelo menos de evitar um prejuízo,

²⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. vol. 13. Rio de Janeiro: Método, 2013.

²⁸ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133.

²⁹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. vol. 13. Rio de Janeiro: Método, 2013.

³⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

não há como delimitar se a chance seria concretizada, se não houvesse o dano; destarte, na perda da chance não há uma certeza, pois se indeniza uma chance³¹.

O dano na perda da chance deve ser atual e certo; ademais, o dano precisa ser injusto, isto é, um dano a um direito subjetivo. Na teoria da perda da chance o lesante não é o responsável direto e imediato do dano em relação ao resultado final, mas, sim, é responsável por retirar da vítima uma oportunidade de obter um resultado benéfico³².

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral defende que é necessária a característica de definitividade, o agente deve ter retirado todas as chances que a vítima tinha de obter um lucro ou de evitar um dano, interrompendo as circunstâncias que o lesado tinha de conseguir algo vantajoso³³.

Rafael Peteffi da Silva aduz que a perda da chance pode ocasionar danos atuais ou futuros, por exemplo, quando um médico age de forma culposa acarretando ao paciente a perda de uma chance de evitar uma deformidade física definitiva, o prejudicado terá danos presentes que serão a colocação de próteses e as despesas hospitalares, e também terá danos futuros como a redução da sua capacidade para trabalhar³⁴.

Antonio Jeová dos Santos entende que o dano na teoria da perda da chance, seria um dano futuro que deve ser provável e sério, e não seria um dano atual³⁵.

Sérgio Savi menciona que há duas modalidades da teoria da perda de uma chance, a primeira seria a perda da chance como um dano autônomo em decorrência das chances perdidas, a chamada teoria clássica da perda de uma chance, e a segunda seria a perda da chance aplicada a situações que envolvem a conduta do réu como parcialmente causadora do prejuízo final, que seria a responsabilidade pela perda de chance de cura ou sobrevivência³⁶.

A chance perdida possui autonomia em relação ao dano final, pois não depende efetivamente que o dano final seja concretizado, basta que tenha retirada da vítima a vantagem esperada. Na perda da chance clássica não há exatidão sobre a perda do benefício,

³¹ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: Natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

³² AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: Natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

³³ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: Natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

³⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁵ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

³⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

mas o agente frustra a oportunidade que a vítima tinha de ganhar algo ou de evitar uma perda. Na perda da chance na seara médica ocorre o dano que o lesado não queria ter em decorrência da conduta de um terceiro³⁷.

Na responsabilidade civil médica pela perda da chance, para a apuração da culpa é necessário averiguar o nexo de causalidade entre o ato do profissional e o dano; portanto, é imprescindível estabelecer que se não houvesse a conduta culposa do médico, o dano ainda seria causado³⁸.

Na responsabilidade civil por erro médico na perda de uma chance o médico não é o responsável direto pelo dano causado, pois o dano final é ocasionado pela doença, o médico é responsável somente pela chance de cura ou de vida que frustrou do paciente, se não fosse o erro médico o enfermo teria uma possibilidade de sobreviver³⁹.

Quanto à natureza jurídica do dano na perda de uma chance há divergência na doutrina, pois alguns autores qualificam o dano como patrimonial (lucro cessante ou dano emergente) ou como dano extrapatrimonial⁴⁰.

Para Grácia Cristina Moreira do Rosário o dano a ser ressarcido na perda da chance na atividade médica é o dano moral puro⁴¹. Todavia, Sérgio Cavalieri Filho entende que a chance perdida seria uma terceira modalidade de dano, seria um meio termo entre lucro cessante e dano emergente⁴².

Na perda da chance indeniza-se a chance perdida, e não a perda em si, a chance perdida deverá ter valor menor do que vantagem futura. A perda da chance possui relação com os lucros cessantes, pois em ambos há um dano que impede que a pessoa adquira algo benéfico, contudo, na perda da oportunidade há um interesse fático e no lucro cessante há um dano ao direito subjetivo⁴³.

³⁷ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: Natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁰ CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). vol. 95. São Paulo: **Revista de direito do consumidor**, 2014. p. 291-309.

⁴¹ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Antonio Jeová dos Santos entende que a perda da chance é um dano extrapatrimonial, que será passível de reparação quando a chance for séria e real⁴⁴.

Sérgio Savi ensina que a perda da chance não pode ser vista como dano exclusivamente extrapatrimonial, pois há casos em que a perda da oportunidade pode causar também danos materiais de forma cumulativa, ou não, com os danos imateriais. O dano patrimonial, para o autor, é uma subespécie de dano emergente. A perda da chance pode ser também considerada em alguns casos como um agregador do dano moral quando não há chance séria, mas há uma mera esperança que pode ocasionar o dano moral⁴⁵.

Rafael Peteffi da Silva aduz que a perda da chance seria um dano autônomo, um dano específico, pois a vítima perde de forma permanente a chance que tinha em decorrência do ato de um terceiro⁴⁶.

Diante disso, defendemos que a perda da chance seria uma modalidade de dano autônomo, porque não poderia ser considerada apenas como um mero agregador do dano moral, tendo em vista que a chance perdida acarreta um dano a pessoa que perde todas as expectativas que tinha de receber algo, não poderia ser vista também apenas como um dano material, embora tenha uma certa relação com os lucros cessantes, mas com este não se confunde já que a perda da chance ocorre em relação a um interesse fático e o lucro cessante ocorre com relação a um direito subjetivo; além disso, a perda da chance se constitui na perda certa, efetiva e não meramente hipotética. Em razão disso, a natureza jurídica do dano na perda da chance não poderia ser considerada apenas como um dano moral ou um dano patrimonial, mas, sim, como uma modalidade de dano autônomo em relação ao dano final, ou seja, um dano específico.

Nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.254.141 julgado em 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ aplicou a teoria da perda de uma chance no caso de uma paciente com câncer de mama que veio a óbito devido ao tratamento inadequado prescrito pelo médico. Vejamos:

⁴⁴ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

⁴⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141**. 3ª turma. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrida: Vilma de Lima Oliveira. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2017.

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida em que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso Especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (Grifou-se).

A relatora ministra Nancy Andrighi suscitou a diferença aceita por parte da doutrina sobre a teoria da perda de uma chance clássica e a teoria da perda de uma chance na seara médica. A teoria clássica é quando a vítima perde uma oportunidade benéfica por causa da conduta de um terceiro, há a certeza sobre a autoria do fato; contudo, há a incerteza quanto à extensão do dano. A teoria da perda de uma chance na seara médica está vinculada também a perda de uma chance benéfica em favor da vítima, contudo, no erro médico, a incerteza está na participação do médico para o resultado (neste caso a morte do paciente), e não na incerteza de que o dano ocorreu, pois o dano é causado pela doença. A conduta do médico não levou a doença, mas, sim, a perda da oportunidade de uma cura em potencial caso o tratamento tivesse ocorrido da forma correta.

A perda de uma chance tem determinados pressupostos que foram analisados no caso, como a perda de uma chance real e concreta, não meramente hipotética; a ação ou omissão do terceiro causador do dano; e o nexa causal entre o agente e o prejuízo causado por ele (não é necessário que o nexa causal tenha relação direta com o resultado final).

A ministra relatora ainda ponderou que a perda de uma chance na atividade médica é bem jurídico autônomo passível de indenização, na medida em que é difícil mensurar a responsabilidade direta do médico pelo dano final. O médico responde pela chance que ele privou o paciente e não pelo resultado final. A indenização pela perda de uma chance é realizada de forma proporcional ao dano experimentado. Portanto, devido à comprovação do laudo feito por perito foi constatado que o médico forneceu o tratamento inadequado a enferma, e que devido a isso ela perdeu a chance de cura que ela poderia ter tido caso o médico fornecesse o tratamento adequado.

O médico cometeu vários erros ao fornecer o tratamento oncológico para a paciente. Ele não recomendou a quimioterapia na fase inicial da doença, realizou uma mastectomia parcial, visto que a comunidade médica recomenda a mastectomia total no caso da doente, e não informou os riscos que a enferma poderia ter ao engravidar, posteriormente a paciente veio a óbito.

O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao pedido do Recurso Especial reduzindo o valor de indenização de R\$ 120.000,000 para R\$ 96.000,00, visto que a indenização pela perda da chance foi calculada de forma proporcional ao dano sofrido pela vítima.

A quantificação da indenização do dano pela perda da chance é tema complexo, pois vários autores têm teses diferentes sobre como deve ser avaliada a indenização.

Sérgio Savi menciona que a chance deve ser séria e não hipotética e que a vantagem da chance perdida deve ser superior a 50% para fins de indenização. O juiz deve analisar de forma equitativa a indenização, partindo da análise do percentual do dano final⁴⁸.

Sérgio Savi destaca⁴⁹:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.

⁴⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65.

Sérgio Cavalieri Filho destaca que a indenização deve ser realizada de forma equitativa pelo juiz atendendo ao princípio da razoabilidade. O que configura a indenização é a perda da oportunidade e não o dano final (a perda do benefício)⁵⁰.

Sérgio Cavalieri Filho pondera que⁵¹: “A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. O perdido ou frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal”.

Para mensuração da indenização é necessária à análise da situação do lesado se a chance perdida fosse concretizada, o grau de risco, a probabilidade da chance e quantidade da indenização correspondente a chance benéfica que o prejudicado teria conseguido. A indenização não pode ser maior que a oportunidade que a pessoa teria se não fosse causado o prejuízo⁵². Grácia Cristina Moreira do Rosário entende que a oportunidade perdida deve ser séria e real e que a chance de cura ou sobrevivência precisa ser superior a 40% para fins de indenização.

Para a verificação da responsabilidade civil pela perda de uma chance é necessário que o magistrado utilize um perito que fará a avaliação da porcentagem das chances que o sujeito possuía caso não fosse impedido de obter a vantagem devido à conduta do agente. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo também fazer um juízo de valor com base nas causas objetivas do caso concreto e analisar as oportunidades perdidas, para aumentar ou diminuir a porcentagem das chances perdidas⁵³.

Nesse diapasão, a Apelação Cível nº 70073978595⁵⁴ aplicou a teoria da perda da chance e foi fixado o *quantum* indenizatório em 40% em virtude da chance perdida. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DE ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GESTANTE QUE PROCURA

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 109.

⁵² ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵³ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance: Natureza jurídica e quantificação do dano**. Curitiba: Juruá, 2015.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70073978595**. 9ª câmara cível. Apelante: Fundação Universitária de Cardiologia, Hospital Padre Jeremias. Apelados: Jéssica Lopes Ramos, Geron Lenon Cardoso. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 27 de setembro de 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073978595&num_processo=70073978595&codEmenta=7468212&temIntTeor=true. Acesso em: 05 out. 2017.

ATENDIMENTO COM DORES. PRÓDROMOS DE TRABALHO DE PARTO. ATENDIMENTO PELO SUS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDUÇÃO DO PARTO COM NASCIMENTO DE CRIANÇA MORTA. PERDA DE UMA CHANCE DE MITIGAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO PARTO INDUZIDO. DANOS DIMENSIONADOS A PARTIR DO PERCENTUAL DE CHANCE DE NASCIMENTO COM VIDA CASO HOUVESSE OCORRIDO O MONITORAMENTO CARDÍACO DO FETO DENTRO DOS INTERVALOS RECOMENDADOS PELA LITERATURA MÉDICA. AUSENTE DEVER DE INDENIZAR RELATIVAMENTE AO PENSIONAMENTO DEVIDO AO NEXO CAUSAL.

1. Responsabilidade do nosocômio. A responsabilidade do hospital que atende o paciente pelo SUS é objetiva, incidindo no presente caso o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

2. Caso em que a parturiente tornou a procurar o nosocômio com dores e contrações, sendo avaliada pela equipe médica que decidiu por aplicar medicação a fim de induzir o parto. Ocorre que não houve monitoramento cardíaco do feto no intervalo recomendado pela literatura médica, de 30 em 30 minutos, mas apenas de hora em hora. Criança que nasceu morta. Falha na prestação do serviço médico-hospitalar verificada em face do não monitoramento da frequência cardíaca do feto no intervalo recomendado, o que poderia ter abreviado o diagnóstico de sofrimento fetal e permitido a adoção de manobras para evitar a morte do bebê. Por outro lado, há fortes indícios de que o feto poderia apresentar problemas prévios não detectados em razão da ausência de um pré-natal adequado, como má formação.

3. Assim, ainda que não seja possível estabelecer nexo de causalidade direto entre a falha de atendimento e o resultado morte, é certo que a má prestação do serviço retirou dos autores a chance de ver seu filho nascer com vida.

4. No caso presente, o dever de indenizar não advém do nascimento da criança sem vida; mas sim a responsabilidade do hospital decorre da circunstância de não ter comprovado que a equipe médica atendeu às recomendações de monitoramento cardíaco do feto em intervalos de 30 minutos em razão da administração de ocitocina para induzir o parto. Típica situação do dever de indenizar não pelo fato em si, mas sim pela perda de uma chance, no caso, permitir que o bebê tivesse nascido com vida ainda que com sequelas.

5. “Quantum” indenizatório que deve considerar um percentual de chance perdida fixado em 40%. Assim, fixo a indenização pela perda da chance em R\$ 60.000,00, valor que deverá ser corrigido pelo IGP-M a contar do presente julgamento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação em respeito ao princípio da *non reformatio in pejus*.

6. Danos materiais relativos a pensionamento que não é devido porque ausente o nexo de causalidade direto entre a conduta e o dano, pressuposto para reconhecimento dessa espécie indenitária.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Grifou-se).

O hospital recorreu em face da sua condenação por danos imateriais pela morte do filho da gestante, já que houve erro médico, pois a equipe médica não agiu com diligência ao utilizar a ocitocina para induzir o parto não monitorando os batimentos cardíacos da gestante de 30 em 30 minutos como recomenda a comunidade médica; portanto, a criança perdeu a chance de vida. A perda da chance é dano autônomo, o erro médico não foi a causa direta para a concretização do dano, mas retirou uma chance real e concreta de vida da

criança. Foi avaliado o *quantum* indenizatório da perda da chance em 40%, pois o hospital não tinha informações sobre o pré-natal e o histórico da gestante para poder ter informações sobre a possibilidade do uso da ocitocina e também devido ao não monitoramento cardíaco em cada 30 minutos, visto que foi feito a cada uma hora.

O Tribunal de Justiça entendeu que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao hospital público, pois ele recebe verba pública, mas por força da Constituição Federal sua responsabilidade continua objetiva. O pedido foi julgado parcialmente procedente reduzindo o valor da indenização para 60 mil reais.

Cabe salientar que o Código de Defesa do Consumidor enuncia as excludentes de responsabilidade civil do fornecedor de serviços, em seu artigo 14, § 3º: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Estas excludentes de responsabilidade civil aplicam-se ao médico; no primeiro inciso o fornecedor não possui responsabilidade se não cometeu o dano, não há prejuízo decorrente da prestação do serviço, e no segundo inciso não incide a responsabilidade se não comprovado o nexo de causalidade entre o ato omissivo ou comissivo do profissional liberal e o prejuízo final⁵⁵.

A culpa exclusiva da vítima incide quando o próprio paciente não segue as recomendações médicas ou faz o contrário daquilo prescrito pelo médico e devido a isso sofre um dano à sua saúde. Quando a conduta do consumidor exclui o liame de causalidade entre o ato médico e o dano, há culpa do paciente, o profissional da saúde torna-se isento de responsabilidade. O fato exclusivo de terceiro também isenta o médico do dever de indenizar pelo rompimento do nexo de causalidade, ocorre quando o enfermo procura um médico para fazer tratamento de sua doença e, posteriormente procura outro médico que prescreve outro tratamento que causa um dano à integridade física do doente, o primeiro médico não será responsabilizado não agiu com culpa e não provocou o prejuízo.⁵⁶

Já a culpa concorrente ocorre quando o médico causa o dano ao paciente; contudo, o próprio paciente ou um terceiro auxiliam para a ocorrência do dano como, por exemplo, o

⁵⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexo causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz da. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.17-18.

⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 72-73.

médico que fornece o diagnóstico equivocado devido à falta de informação dada pelo enfermo sobre as dores e sintomas que sentia. Geralmente, o *quantum* indenizatório é diminuído ao ser constatada a culpa concorrente⁵⁷.

Conclui-se que a teoria da perda da chance aplica-se na responsabilidade civil médica, ressalvadas as hipóteses de excludente de responsabilidade civil; a perda da chance precisa ser real e séria; portanto, para que o médico seja responsabilizado é necessário que haja uma conduta voluntária por ação ou omissão, o dano, que é a perda da oportunidade de obter algo vantajoso ou de evitar um prejuízo, a culpa por negligência, imperícia ou imprudência e o nexa causal entre a conduta do médico e o dano, não precisando que o médico tenha agido como causa direta para o resultado final, já que não se indeniza o dano em si, mas, sim, a chance perdida⁵⁸.

4 CONCLUSÃO

A teoria perda da chance surge como uma nova forma de reparar o dano pela frustração das chances perdidas. A perda da chance é caracterizada pela perda de uma oportunidade séria, efetiva e não por mera suposição, o sujeito perde a oportunidade que tinha de receber algo benéfico ou de evitar uma perda. Na teoria da perda da chance, não pode indenizar a perda em si, mas apenas a chance que se perdeu em virtude da conduta de outrem.

A certeza é um dos pressupostos imprescindíveis para a reparação do dano. A certeza do prejuízo é analisada por dois modos, a primeira é chance de forma hipotética, quando o lesado teria um benefício se não tivesse ocorrido o dano; e a segunda seria a certeza de que ocorreu o infortúnio na realidade, e ocasionou a perda do estado anterior que a vítima tinha antes de ocorrido o dano. Na perda da chance, não pode indenizar a perda em si, mas apenas a chance que se perdeu em virtude da conduta de outrem.

⁵⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 73-74.

⁵⁸ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32-33.

Há duas modalidades de teoria da perda da chance: a perda da chance clássica e a perda da chance na seara médica; na perda da chance clássica há a incerteza quanto ao dano, e na perda da chance na seara médica há incerteza quanto à participação do médico no dano.

A natureza jurídica do dano a ser reparado na perda da chance continua divergente na doutrina, pois alguns autores avaliam como dano material e outros juristas acreditam ser dano imaterial. Assim, defendemos que a natureza jurídica do dano na perda da chance seria de um dano autônomo, e que não pode ser visto como um mero agregador do dano moral, pois a chance indenizável deve ser real e deve ter frustrado todas as expectativas que a vítima tinha de obter algo vantajoso para si no futuro. Logo, a chance perdida seria uma modalidade de dano específico.

Quanto à avaliação da indenização pela chance perdida, uma parte dos operadores do direito utiliza o critério de probabilidade a partir da porcentagem de chances perdidas podendo ser de 40% ou 50%.

A perda da chance é aplicada a responsabilidade civil do médico, quanto este retira do paciente uma chance de cura ou de sobrevivência em virtude de erro médico. A responsabilidade civil do médico tem natureza subjetiva, para que o médico seja responsabilizado pela sua conduta, seja ela omissiva ou comissiva, é preciso que haja o nexo causal entre a conduta do médico e o resultado do dano sofrido pelo paciente. Contudo, na perda de uma chance de cura ou sobrevivência fica difícil a constatação de que o paciente poderia ter tido uma chance melhor e mais eficaz caso o médico não tivesse agido daquela determinada forma, pois cada paciente tem características diferentes.

A responsabilidade civil do médico perante a teoria da perda de uma chance, somente é passível de indenização quando o profissional age com culpa ou comete um erro médico que impede o paciente de obter uma chance de cura ou sobrevivência. Desse modo, o médico não responderá pelos danos causados quando presente uma das causas de exclusão de responsabilidade civil.

Cabe salientar, portanto, que a perda da oportunidade deve ser concreta e séria, e que o médico não pode jamais ser responsabilizado pelo dano final, mas sim pela chance que frustrou a vítima, pela sua conduta omissiva ou comissiva, visto que o dano final é cometido muitas vezes pela própria doença. Destarte, o valor da indenização pela perda de uma chance é feito pelo juiz de forma equitativa e proporcional ao dano causado, não podendo ser o valor

total do dano, ou seja, da chance perdida, visto que não é possível mensurar de forma exata se a vítima teria sido curada da doença.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: Natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. vol. 40. São Paulo: **Revista de direito privado**, 2009. p. 177-214

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo diagnóstico. In: SILVA, Regina Beatriz da. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85-119.

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/L10406.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141**. 3ª turma. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrida: Vilma de Lima Oliveira. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2017.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. vol. 13. Rio de Janeiro: Método, 2013.

CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). vol. 95. São Paulo: **Revista de direito do consumidor**, 2014. p. 291-309

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 5. ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. vol. 827. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 11-48.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. À guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1-30.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70073978595**. 9ª câmara cível. Apelante: Fundação Universitária de Cardiologia, Hospital Padre Jeremias. Apelados: Jéssica Lopes Ramos, Geron Lenon Cardoso. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 27 de setembro de 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073978595&num_processo=70073978595&codEmenta=7468212&temIntTeor=true. Acesso em: 05 out. 2017.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz da. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-33.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. et al. (Coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31-78.

AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: DOS JUIZADOS ESPECIAIS AO PACOTE ANTICRIME

Pâmela de Araújo Aquino¹

Valentine Ligório Carpenedo²

RESUMO: O objetivo do presente artigo é propor uma reflexão a respeito da expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira, desde o advento da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais até a Lei nº 13.964/2019, intitulada “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”. Ressaltar-se-ão as (im)possibilidades de consenso no âmbito do processo penal e as consequências da importação de institutos aplicados em sistemas processuais estrangeiros sem o devido respeito aos preceitos constitucionais. Ademais, demonstrar-se-á que as experiências práticas neste contexto não ultrapassam mera concretização antecipada do poder punitivo estatal em troca de remotos benefícios de redução nas punições. Por fim, apontar-se-á que, na prática, propostas inovadoras para solução da morosidade do judiciário e garantia da segurança pública revelam-se verdadeiros mecanismos autoritários de desvirtuamento do processo penal, uma vez que fulminam garantias processuais, sendo o poder punitivo estatal o único beneficiado com este sistema, o qual figura-se obcecado pela imposição de pena a qualquer custo.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Justiça Negociada. Pacote Anticrime. Garantias Processuais. Poder Punitivo.

INTRODUÇÃO

A relativização constante dos preceitos elementares ao processo penal evidencia a crise institucional que assola a democracia brasileira. Nesta conjuntura, emergem ainda, intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, bem como propostas inusitadas no afã de atribuir maior eficácia ao poder punitivo estatal³.

¹Advogada Criminalista. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2019). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8985163402621667>>.

²Advogada Criminalista. Especializanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2019). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3095727609031899>>.

³AQUINO, Pamela. SILVA, Tamara. *Inviolabilidade do Domicílio: Fundadas Razões à brasileira*. Congresso Acadêmico de Direito da UNIVALI: Estado e Constituição - os 30 anos da Constituição cidadã. 1.ed.- Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. 3Mb; Ebook. Disponível em: <https://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf>. Acesso em jan. 2020.

O aspecto comum dentre as mais diversas alternativas apresentadas é o intuito de acelerar o julgamento através da simplificação procedimental. Por tal razão, a importação dos modelos adotados nas instituições estrangeiras surge de modo mais evidente nas reformas processuais latino-americanas.

Entretanto, é notório que todo o discurso reducionista, com o objetivo de enaltecer a eficácia das funções penais, em verdade, acarreta em prejuízo inestimável a toda a política criminal já instaurada, bem como no abandono das principais garantias democráticas.

Nesta perspectiva, o presente artigo ambiciona uma análise das tendências de ampliação do espaço negocial e os reflexos no sistema processual penal brasileiro, no qual pretende-se realizar a imposição de sanções penais antecipadas com reduzido ou inexistente espaço defensivo⁴.

Do cotejo das experiências brasileiras com soluções negociadas, identificam-se os principais contrassensos e transgressões que levam ao retrocesso. Mostrar-se-á que, desde a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a ampliação dos espaços de negociação revela-se em uma sucessão de estratégias autoritárias no afã de magicamente resolver o problema da morosidade através da supressão do devido processo e aplicação de uma punição (in)justa no menor decurso de tempo possível.

Sendo assim, o presente ensaio é um convite à reflexão sobre o obstáculo da visão reducionista e superficial sobre sistemas processuais e soluções negociadas, frente as graves violações a direitos e garantias fundamentais ocultadas por propostas inovadoras e demasiadamente simples que visam solucionar problemas de extrema complexidade.

A INEXORÁEL EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, a qual fora recentemente sancionada pelo Presidente da República, tencionou-se, ainda mais, o debate a respeito das importações de soluções negociadas. Esta que, não raras vezes, são realizadas sem quaisquer análises aprofundadas dos sistemas processuais. Ademais, o debate apresentou-se com maior

⁴ANITUA, Gabriel Ignácio. *A Importação de Mecanismos Consensuais do Processo Estadunidense nas Reformas Processuais Latino-Americanas*. In: *Sistemas Processuais Penais/organização Ricardo Jacobsen Gloeckner* – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 359.

fomento, sobretudo, porque a referida lei ratifica em seu artigo 3º que o processo penal terá “estrutura acusatória”, em manifesta oposição ao restante de seu conteúdo⁵.

Como é cediço, há relação direta entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal vigente em uma sociedade. Segundo Badaró, “a questão é muito mais política do que técnico processual, pois a escolha de um sistema processual decorre do próprio modelo que o Estado institui e das relações deste Estado com seus cidadãos”⁶.

Todavia, diante da inexistência de um resquício mínimo de harmonia conceitual e da ampla crise epistemológica decorrente da proliferação do discurso reducionista, faz-se necessário o resgate de alguns fundamentos basilares, que muito explicam o processo penal contemporâneo.

Como eximamente pontuado pelo professor Aury Lopes Jr.:

Alguns reducionistas, adeptos do superado monólogo jurídico, não raras vezes agarrados no pseudo-argumento da mera historicidade, desconectam a problemática dos sistemas processuais da “imparcialidade” (Princípio Supremo do Processo, segundo Wener Goldschmidt) e, ambos, de um mínimo de compreensão das lições básicas da psicanálise e dos aspectos psicológicos que afetam a formação da decisão do juiz. Mais do que isso, sequer compreendem a superação do paradigma cartesiano. Outros, dominados pela ideologia punitivista, insistem na visão reducionista por conveniência, por preferirem um processos pela “a la carte” e a facilidade na formação de “consórcios de justiceiros”⁷.

Assim, a crescente comunicação entre as fontes e importação de inúmeros mecanismos de sistemas estrangeiros, acarreta dificuldade de definição dos aspectos elementares de cada sistema processual. Por tal razão, parte da doutrina brasileira afirma, superficialmente, que o sistema brasileiro atual é “misto”, na medida em que é predominante o modelo inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na fase processual⁸, razão pela qual a intitulada “Lei Anticrime” refere expressamente que a estrutura processual será acusatória.

Evidente que a simples implementação do art. 3º-A é incapaz de tornar o sistema de justiça criminal acusatório, especialmente diante da admissão da existência de um sistema

⁵BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Art. 3º-A: O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em jan. 2020.

⁶BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo:RT, 2003. p. 106.

⁷LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018. p. 41.

misto cotidianamente justificado pela lógica operativa dos Tribunais, além da busca de atualização de determinados paradigmas.

Por tudo isso, o atual sistema de justiça, na mais simplória síntese, é materialização do contrassenso. Tal como define Ricardo Gloeckner, “nossas práticas demonstram que o discurso é acusatório, mas a mentalidade inquisitorial”⁹.

Em que pese a conclusão do mencionado art. 3º-A demonstre uma análise reducionista dos sistemas processuais, há de ser avaliada a motivação de tal fenômeno, sobretudo, na perspectiva do processo penal comparado, ao passo que o intitulado sistema misto, é essencialmente inquisitorial.

Note-se que o sistema processual de um País revela os traços democráticos ou autoritários de sua constituição e a importação de determinados rótulos possui o condão de atribuir esperança de eficiência em práticas historicamente anacrônicas¹⁰. Segundo Geraldo Prado, “Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”¹¹.

Portanto, a atual tendência política é de expansão do discurso autoritário e reestruturação do processo penal a partir dessa lógica, o qual decorre do ativismo judicial, da violência estrutural nos discursos políticos, da ausência de diálogo, das transgressões a direitos fundamentais e da manipulação de conceitos no âmbito da justiça criminal.

Verifica-se que há um interesse muito claro de ampliação de tipos penais associado à expansão de poder dos atores processuais que representam o interesse estatal. Do mesmo modo, é notória a confusão dos papéis dos atores processuais, bem como o sensacionalismo dos discursos e das instituições que abrangem o processo penal, traços característicos de um sistema inquisitorial¹².

Torna-se urgente, portanto, uma reflexão acerca do núcleo fundante da gestão da prova no processo penal brasileiro, diferentemente da solução simplista, rasa e infundada implementada por meio de um novo artigo ratificando o sistema acusatório. Nessa conjectura, o complexo cenário de influências externas e recíprocas entre sistemas

⁹GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penais*. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 10.

¹⁰LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018. p.40.

¹¹PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2006. p. 41.

¹²GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penais*. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 13.

processuais atribui às discussões doutrinárias conclusões ambivalentes. Embora se reconheça como imposição constitucional um modelo acusatório, com claras distinções entre os poderes de acusar, julgar e defender em órgãos distintos, a constante falácia do sistema misto tem por objetivo ocultar a face inquisitiva do sistema de justiça criminal brasileiro¹³.

Por conseguinte, partindo-se do princípio de que a função do processo penal é buscar a reconstituição de um fato histórico, a diferenciação da dicotomia dos sistemas processuais acusatório/inquisitivo dar-se-á através da gestão da prova. De um lado, no sistema acusatório: identifica-se o papel de espectador por parte do juiz. Do outro lado, no sistema inquisitório, o julgador inquisidor, o qual busca em diversas perspectivas elementos para fundamentação da futura decisão, e que, no caso do Brasil, ocorre até mesmo através da opinião pública¹⁴.

Na concepção do professor Nereu Giacomolli:

O princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pyco u Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes contrapostas – acusador e acusado -, a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções penais fundamentais¹⁵.

Daí decorre a conclusão de que os sistemas processuais, em realidade, são produtos culturais e não produtos da natureza processual em si, sendo indispensável dentro de cada estrutura, a determinação de um núcleo fundante como opção teórica de análise do tema¹⁶.

Diante do exposto, evidenciam-se duas premissas: a) não há qualquer viés interpretativo em que se possa admitir a existência de um núcleo fundante misto, o que justifica a sua percepção, tal como falácia do ponto de vista teórico a despeito dos sistemas processuais¹⁷ b) a análise empírica do sistema processual penal brasileiro reflete, de modo

¹³BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 140.

¹⁴VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2014 p. 123-124. No mesmo sentido: CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro - Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais*. Vol 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p .35.

¹⁵GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites legais em face do princípio do acusatório*. In GAUER, Ruth Maria Chittó (coord). *Sistema Penal e Violência*. Lumen Juris, 2006. p. 219.

¹⁶GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Col. Ciências Criminais.3ª Ed. Saraiva, 2017. p. 174.

¹⁷Idem. p. 142 e 176/177.

geral, a adoção de um sistema inquisitório, consolidado pela cultura de o julgador conduzir a instrução processual e articular estratégias probatórias¹⁸.

Portanto, é contraditório que a Lei nº 13.964/2019 declare a estrutura processual acusatória e preveja a adoção de mecanismos consensuais – acordo de não persecução penal - que tende a concentrar poderes no Órgão acusador e reforçar o espírito inquisitorial já existente.

A justiça negociada objetiva claramente a tarefa de evitar processos, e um processo, nada mais é, do que o direito de todo e qualquer cidadão a ser processado e julgado mediante contraditório, ampla defesa e eventual aplicação de pena justa¹⁹. Conseqüentemente, não se reduz à pessimismo a conclusão de que a expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro acarreta em um acréscimo de poderes judiciais já excessivos, fortalece o autoritarismo e corresponde a uma nova fase do (neo)inquisitório brasileiro²⁰.

Nessa toada, sobrepõe-se que não é fato recente a ampliação dos espaços de consenso no âmbito criminal do cenário brasileiro, sendo a primeira experiência com a negociação penal a lei nº 9.099/95, à época de sua edição, vista como verdadeira “revolução”.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada²¹.

Vinte anos após sua redação, a lei dos Juizados Especiais Criminais representa a redução dos padrões mínimos do devido processo legal no tratamento de casos de menor potencial ofensivo. Inquestionavelmente, não houve uma alteração substancial positiva no paradigma processual penal efetivamente preocupada com a solução de conflitos sociais.

Isso pois, em que pese a aplicabilidade dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo sejam aplicáveis apenas aos casos de menor potencial ofensivo e na prática sua regulamentação seja bastante distinta da justiça negociada estadunidense, por

¹⁸LOPES JR, Aury. *Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?*. In: GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penais*. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 40.

¹⁹KHALED JÚNIOR, Salah H. *Discurso de Ódio e sistema penal*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. p. 30/35.

²⁰GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penais*. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 28.

²¹GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. Ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

exemplo, a lesividade das violações aos pressupostos do processo penal democrático são preocupantes.

Não é exagero afirmar, inclusive, que com base em um panorama geral do punitivismo brasileiro, seletivo e desigual, as consequências negativas da importação de institutos são inevitáveis, pois fulminam os pilares da instrumentalidade constitucional, “acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo”²².

Assim, os discursos eufóricos daqueles que viam na lei nº 9.099/1995 uma revolução na justiça criminal brasileira, como foi o caso de Ada Pellegrini Grinover, prosperaram por ínfimo transcurso de tempo. A aplicação prática dos institutos passou a contrariar rapidamente a suposta revolução, pois as finalidades de racionalização e redução de reincidência do poder punitivo ocasionaram o ressurgimento dos casos anteriormente não tutelados penalmente²³.

Soma-se a isso, o fato de que os ideais de proximidade entre acusado e vítima, visando uma negociação pacífica com eventual reparação de danos à vítima não possuem efeito prático, na medida em que o ideal de oralidade é inexistente. Os atores jurídicos determinam a resolução do conflito visando o encerramento do caso o mais rápido possível, por arquivamento ou imposição imediata da sanção penal.

Não é à toa que poucos anos após a promulgação da Lei nº 9.099/95 a doutrina já rechaçava os mecanismos de consenso na prática, por demonstrarem uma antecipação do poder punitivo. Segundo Maria Lúcia Karam, “No Brasil, não muito tempo depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia essa ‘economia’ funcional ao agigantamento do sistema penal”²⁴.

A contradição decorre da inversão ideológica na prática. Explica-se: já nos primeiros anos de vigência da Lei nº 9.099/1995, consolidou-se o entendimento de que seria possível a conversão de transação penal em pena privativa de liberdade nos casos de descumprimento, ou, ainda, a subsunção do acusado que descumpra o “acordo” como incurso nas sanções do

²²LOPES JR, Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 119.

²³VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2014. p. 311.

²⁴KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: a contretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 28.

delito de “desobediência” (artigo 330 do Código Penal). Este último caso, felizmente, superado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁵.

Nessa perspectiva, é inquestionável o fracasso da Lei nº 9.099/95 com base nos ideais ponderados à época de sua edição. Em verdade, a legislação “revolucionária” restou completamente desvirtuada e contraproducente, apenas fortaleceu o poder punitivo estatal.

É previsível, portanto, o insucesso da justiça negociada no tocante às infrações de maior complexidade, como nos casos dos crimes praticados por intermédio de organizações criminosas, motivo pelo qual a doutrina brasileira não possui qualquer justificativa para apostar no sucesso da expansão dos mecanismos de consenso.

Como segundo marco de retrocesso, exemplifica-se o advento da Leis nº 12.850/2013, com a regulamentação do instituto da colaboração premiada, conhecido desde 1990 e com a Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos), sob a nomenclatura de delação premiada. Ademais, verifica-se também em legislações esparsas, tais como, a Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional); Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária e econômica); Lei nº 9.034/90 (antiga lei dos crimes organizados); Lei nº 9.613/1998 (lavagem de capitais, alterada pela Lei nº 12.682/2012); Lei nº 9.807/1999 (proteção de vítimas e testemunhas); e Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)²⁶.

O instituto da colaboração premiada, indiscutivelmente, decorre desse movimento latino-americano de importação de instituições estadunidenses em suas reformas, associado ao amplo desejo do poder punitivo estatal de simplificar o suposto processo penal misto. Em apertada síntese, a colaboração premiada implica que o acusado renuncie aos seus direitos, mediante a promessa de imposição de uma pena (in)justa sem julgamento.

Assim refere Gabriel Anitua:

²⁵EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência. (HC 84976, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 20/09/2005, DJ 23-03-2007 PP-00105 EMENT VOL-02269-02 PP-00261).

²⁶OSÓRIO, Fernanda Corrêa. DE LIMA, Camile Eltz. *Considerações sobre a Colaboração Premiada: Análise Crítico Instituto Introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013*. In: *Processo Penal e Garantias*. Organizador. PRADO, Geraldo. 2ª Edição ampliada e revisada. Florianópolis (SC) Empório do Direito, 2016. p. 191/194.

A promessa de lhe impor uma pena de forma direta e sem julgamento, que seria menor àquela que lhe poderia ser-lhe imposta ao optar exercer seus direitos, é a via utilizada para obrigar o acusado a “colaborar”, concordando com a acusação. Os “acordos” assim obtidos representam um golpe mortal contra a estrutura do juízo penal em um estado de direito liberal²⁷.

A perspectiva de imposição instaurada, acarreta a renúncia do acusado a direitos irrenunciáveis, prática eminentemente oposta ao princípio da legalidade, que constitui a maior baliza de limitação de poder e garantia da segurança jurídica dentro do Estado de Direito brasileiro.

Por sua vez, no âmbito da macrocriminalidade, os professores Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich esclarecem:

O Brasil experimenta dois modelos de acordos de colaboração premiada, ambos aceitos/homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Temos uma hipótese de acordo em que (a) a sanção premial é fechada, no qual a pena é acertada entre o Ministério Público e o colaborador da Justiça quando do contrato e, depois, o clausulado é homologado pelo juiz. E, outra, de (b) sanção premial aberta, a ser definida pelo Juízo na sentença condenatória, nos termos legais²⁸.

Evidentemente, ambas as ocasiões exemplificadas pelos autores revelam uma imposição, e não se questiona, portanto, que o instituto da dita colaboração premiada é uma maximização do poder punitivo na busca por uma maior repressão à criminalidade, bem como a confissão da própria ineficiência estatal no tocante à efetividade de investigações quanto aos crimes organizados.

Por conseguinte, a suposta primazia por eficiência e celeridade acaba por instaurar absoluto abandono às “formas”, o que implica em um procedimento à parte, dissociado de garantias conquistadas a dura penas pela democracia brasileira²⁹. Ademais, outro ponto nevrálgico da expansão do espaço negocial, é o abandono da busca pela verdade. São

²⁷ANITUA, Gabriel Ignácio. *A Importação de Mecanismos Consensuais do Processo Estadunidense nas Reformas Processuais Latino-Americanas*. In: *Sistemas Processuais Penais*. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 358.

²⁸REALE JR; Miguel. WUNDERLICH, Alexandre. *Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 318 – Esp. Pac. Anticrime. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6330-Justica-negocial-e-o-vazio-do-Projeto-Anticrime>. Acesso em jan. 2020.

²⁹AQUINO, Pamela. SILVA, Tamara. *Inviolabilidade do Domicílio: Fundadas Razões à brasileira*. Congresso Acadêmico de Direito da UNIVALI: Estado e Constituição - os 30 anos da Constituição cidadã. 1.ed.-Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. 3Mb; Ebook. Disponível em: <https://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf>. Acesso em jan. 2020.

diversos os motivos para que a verdade não seja levada a segundo plano, sobretudo, na conjuntura atual em que se busca o restabelecimento da presunção de inocência e o *in dúbio pro reo*³⁰.

Sergio Moccia e Clelia Iasevulli, professores titulares da Universidade de Frederico II, elucidam que:

As novas tendências da epistemologia conduziram, assim, a ingressar na estrada da relativização do conceito de verdade, preferindo aproximações culturalmente contíguas ao método acusatório descrito; se quem indaga é ele próprio parte do sistema experimental, se as suas “hipóteses de trabalho” condicionam a pesquisa a ponto de canalizá-la em uma metodologia precisa, em direção a finalidades prefixadas, e em um contexto dirimente para a própria pesquisa, então resulta na clara necessidade de preservar o juízo penal de aspirações desumanas: foi justamente afirmado que o conceito de “saber” é análogo aos conceitos de “crer, duvidar, conjecturar, ser convencidos”³¹.

A passagem ao processo penal brasileiro (neo)inquisitorial legitima não só o estímulo à barganha, como a existência de uma verdade negociada. Não tem-se mais uma verdade materializada pela reconstituição dos fatos, mas, sim, em face de negociações. Perde-se a relação entre crime, pena e processo.

Caem por terra também, os argumentos de que nenhum cidadão é obrigado a se auto incriminar ou produzir prova contra si mesmo. Isso pois, estaremos frente a promessa de uma redução significativa de pena e a suposição, nas entrelinhas, de que no caso de rejeição da proposta pelo acusado, este pode vir a ser prejudicado, elementos intensificados conforme o contexto social do réu, obviedade na perspectiva da justiça criminal brasileira³².

Portanto, nas mais diversas perspectivas de análise do tema, identifica-se a hipocrisia enraizada no discurso punitivista, que circula através de diversas tentativas de ressignificação de institutos, atribuindo até mesmo ao acusado a responsabilidade da persecução penal face à ineficiência estatal.

Não bastassem as experiências de insucesso, em 24 de dezembro de 2019, através da Lei nº 13.964/19, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou o “acordo de não-

³⁰KHALED JR. Salah H. *A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 209.

³¹MOCCIA, Sergio. IASEVOLI, Clelia. *Verdade Substancial e Verdade Processual*. In: Sistemas Processuais Penais. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 151.

³²DE VASCONCELOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2014. p. 282.

persecução penal” inserido entre as propostas defendidas no “Projeto Anticrime”, apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal brasileiro³³.

No “acordo de não-persecução penal”, o qual apresenta-se deveras semelhante ao instituto da Transação Penal, a proposta de solução consensual ocorrerá ao final da investigação preliminar, quando não for o caso de seu arquivamento, e antes do oferecimento da denúncia, com a observância da pena máxima aplicável ao delito. Em síntese, será aplicável a transação penal para o caso de penas máximas até dois anos e o “acordo de não-persecução” para penas máximas inferiores a quatro anos.

Em nota técnica contra o intitulado “Pacote Anticrime”, o instituto Brasileiro de Ciências Criminais apresentou um quadro comparativo entre a transação penal e o almejado instituto do “acordo de não-persecução penal”, revelando traços de ampliação de poderes do Ministério Público, inclusive superiores ao do Poder Judiciário³⁴:

³³Projeto apresentado ao Congresso Nacional em 19 de Fevereiro de 2019, recebeu na Câmara dos Deputados o número PL 882/2019.

³⁴Disponível em: <http://ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>. Acesso em jan. 2020.

ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO	TRANSAÇÃO PENAL
REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO	NÃO HÁ PREVISÃO DE REPARAÇÃO DO DANO (UMA VEZ QUE A TRANSAÇÃO PRESSUPÕE A NÃO REALIZAÇÃO DE COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS, PREVISTA NO ART. 74, DA LEI 9.099/95)
RENÚNCIA A BENS INDICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS, PRODUTO OU PROVEITO DO CRIME	NÃO HÁ PREVISÃO DE PERDA DE BENS (IDEM ACIMA, POIS ISSO SERIA OBJETO DA COMPOSIÇÃO CIVIL)
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM LOCAL A SER INDICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO;	POSSIBILIDADE DE QUALQUER PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, INCLUSIVE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, EM LOCAL DETERMINADO PELO JUIZ E SUJEITO À FISCALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM FAVOR DE INSTITUIÇÃO INDICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE TENHA POR FINALIDADE A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS ESPECÍFICOS	PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM FAVOR DE INSTITUIÇÃO DETERMINADA PELO JUIZ E SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
CUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO INDETERMINADA A SER INDICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.	

Por todo exposto, é possível afirmar que o acordo de “não persecução penal” representa uma versão ainda mais autoritária e punitivista quando em comparação com o instituto da Transação Penal, haja vista a ampliação de poderes do órgão de acusação e limitação do julgador³⁵. É, portanto, absolutamente nocivo o dispositivo que atribui ao Ministério Público as funções de acusar, julgar e efetivamente punir, uma vez que, à exemplo do que ocorreu com a Lei nº 9099/1995, sequer existe espaço defensivo ou oralidade que garanta ao acusado deliberar sobre as cláusulas verdadeiramente impostas pelo Órgão Ministerial.

O professor Fauzi Hassan Choukr, em sua genialidade, conclui:

³⁵Sobre a vinculação do juiz aos termos de acordo de colaboração premiada homologado, decidiu o STF: o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil. (STF, QO na PET 7.074, Trib. Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017).

E, se para as infrações de menor potencial ofensivo o fracasso do modelo negocial se mostrou rapidamente evidente pelas suas promessas não cumpridas – dentre elas, a celeridade é um fantasma à parte nessa estrutura -, quando a expansão negocial chegou à macrocriminalidade, à “criminalidade que importa”, aquela que vitimiza toda a sociedade pelos seus efeitos perversos, as deficiências estruturais da negociação, negligenciadas até então porquanto reduzidas ao universo da desimportância ofensiva, foram aos holofotes. Déficits de legalidade sobre o que negociar, como negociar e os papéis processuais nessa negociação passaram a ser alvo de críticas recorrentes em vários cenários jurídicos³⁶.

Diante de tais análises, conclui-se que, não é por mero acaso que as reflexões atuais acerca da expansão dos espaços de consenso traduzem-se em conclusões pessimistas e acabam por ressaltar a necessidade de empenho de toda a comunidade acadêmica, dos operadores do direito e até mesmo da sociedade civil para que, juntos, no afã, possam conter o avanço de medidas autoritárias fomentadoras da aniquilação do devido processo penal.

CONCLUSÃO

Afirma-se, em termos de conclusão geral, ser fundamental tecer severas críticas no âmbito jurídico-criminal à ampliação dos espaços negociais no processo penal brasileiro. Isso pois, não utiliza-se tal discurso para o direcionamento para o restabelecimento dos vieses democráticos, muito pelo contrário.

A justiça criminal brasileira demonstra, em uma perspectiva histórica, que os traços inquisitoriais sempre nortearam o comportamento de seus atores processuais, os quais encontram-se comprometidos com uma mentalidade jurídica autoritária e imediatista, o que acaba evidenciando-se na implementação de mais um mecanismo, o “acordo de não-persecução penal”.

Verifica-se que, na prática, a expansão dos espaços de consenso consiste em nova tentativa de mascarar o intuito de punir sem a estrita observância do devido processo legal, haja vista que, conforme explanado acima, a justiça criminal brasileira a justiça negociada é potencializadora de transgressões a direitos fundamentais.

³⁶CHOUKR. Fauzi Hassan. *Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6329-Pacote-Anticrime-silencios-e-continuismos>. Acesso em jan. 2020.

Diante disso, embora legisladores recorram constantemente ao estudo do direito comparado para harmonização de sistemas e garantias processuais, evidencia-se um verdadeiro abismo existencial quando se faz uso de soluções negociadas para resolução de problemas advindos de sistemas adversariais, em contraponto aos inquisitoriais. Além do mais, importante frisar, que não se pode transferir ao acusado a responsabilidade por dinamizar a condenação penal.

Sendo assim, os discursos reformistas, rasos por sua natureza, revelam a consolidação da ideologia inquisitorial por traz das soluções céleres e consensuais. A ótica inquisitorial se sobrepõe à ambição de verdade, que ao fim e ao cabo, não releva nada além do desejo estatal de condenar, em manifesta transgressão ao devido processo.

Nessa conjectura, o futuro é incerto, mas o passado é categórico ao apontar os caminhos que trouxeram o processo penal brasileiro à lamúria. A sociedade brasileira assiste inerte, há décadas, o processo penal brasileiro ser reduzido à uma sondagem subjetiva na qual as garantias conquistadas a duras penas pela democracia brasileira são colocadas em segundo plano.

Como bem observa Salo de Carvalho, “Se a biografia das práticas penais, apesar da sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas”³⁷.

Por tudo isso, resta-nos a irresignação que motiva a buscar mecanismos de enfrentamento ao inquisitorialismo e resgate do processo penal democrático, pois, como afirma o professor Alexandre Pandolfo, “em apuros estão todos os encantos do conforto”³⁸.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Pamela. SILVA, Tamara. **Inviolabilidade do Domicílio: Fundadas Razões à brasileira**. Congresso Acadêmico de Direito da UNIVALI: Estado e Constituição - os 30 anos da Constituição cidadã. 1.ed.- Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. 3Mb; Ebook. Disponível em: <https://www.tirant.com/docs/CONGRESSO_ACADEMICO_ESTADO_E_CONSTITUICAO.pdf>. Acesso em jan. 2020.

³⁷CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78.

³⁸PANDOLFO, Alexandre Costi. Apuros - ficção e aforismas conta o estado de coisas. 1. Ed. Porto Alegre: Lapices, 2017. V. 1. p. 24.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova do processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Presidência da República. **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/Del3689Compilado.htm>. Acesso em jan. 2020.

CASARA, Rubens RR. **Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; WUNDERLICH, Alexandre (org). **Diálogos Sobre a Justiça Dialogal**. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6329-Pacote-Anticrime-silencios-e-continuismos>. Acesso jan. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FUCHS, Marie Christine; GONZÁLEZ, Marco F. Leonel. **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la Ley**. Coordinación Laura Cora Bogani, Prólogo Alberto M. Binder. Fundación Konrad Adenauer. 2018. CHILE. Disponível em: <https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_America_Latina._Hacia_la_Gestion_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_ley>. Acesso em jan. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008.

_____, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites legais em face do princípio do acusatório**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord). Sistema Penal e Violência. Lumen Juris, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume 1. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

_____. **Sistemas Processuais Penais**. Organização Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1. Ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017.

_____. **Nulidades no Processo Penal**. Col. Ciências Criminais. 3ª Ed. Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. Ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **Discurso de Ódio e sistema penal**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

_____. **A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LANGER, Máximo. **Dos Transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Direito, [s.i.], v. 2, n.3, p.19, dez 2019. ISSN 2526-5180. Disponível em: < <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em jan. 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo. 4. ed. Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **As reformas processuais penais na América Latina, segundo Alberto Binder**. JUSTIFICANDO. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/01/15/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina-segundo-alberto-binder/>>. Acesso em jan. de 2020.

NETO, Jayme Weingartner. SARLET. Ingo Wolfgang. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba: 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/470/358>>. Acesso em jan. 2020.

OSORIO, Fernanda Corrêa; LIMA, Camile Eltz de. **Considerações sobre a Colaboração Premiada: Análise Crítica do Instituto Introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013**. In Processo Penal e Garantias. Organizador. PRADO, Geraldo. 2ª Edição ampliada e revisada. Florianópolis (SC) Empório do Direito. 2016.

PANDOLFO, Alexandre Costi. **Apuros - ficção e aforismas conta o estado de coisas**. 1. Ed. V. 1. Porto Alegre: Lapices, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2006.

REALE JR; Miguel. WUNDERLICH, Alexandre. **Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 318 – Esp. Pac. Anticrime. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6330-Justica-negocial-e-o-vazio-do-Projeto-Anticrime>. Acesso em jan. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão no processo penal brasileiro. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2014.

FALSAS MEMÓRIAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE VULNERÁVEIS

Valéria Rita Osmarin¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar em que consistem as falsas memórias e quais os principais riscos que elas apresentam no âmbito jurídico e psicológico para as vítimas e acusados de crimes contra a dignidade sexual. Com o passar do tempo, a memória tende a passar por uma desestabilização pela influência de elementos internos e externos e os fatos vividos pelas pessoas podem não ter ocorrido da exata maneira que elas recordam, isso porque pode haver a incidência de falsas memórias. Em um primeiro momento serão analisados os crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis devido à grande incidência de falsas memórias neste grupo de pessoas. Posteriormente, far-se-á uma revisão teórica acerca da memória e suas dimensões para a compreensão do processo neurofuncional que pode sofrer a incidência de falsas memórias. Por fim, será tratada a produção da prova penal, bem como serão levantadas técnicas de redução de danos para diminuir a falibilidade da memória e evitar a incidência de falsas memórias.

Palavras-chave: Processo Penal. Falsas memórias. Sugestionabilidade no depoimento e reconhecimento. Avaliação psicológica.

1 INTRODUÇÃO

O interesse pela elaboração deste trabalho surgiu em razão dos inúmeros casos judiciais em que se discutem os riscos da contaminação da memória através de uma falsa percepção da realidade. O presente trabalho limita-se à análise de casos que envolvem pessoas em estado de vulnerabilidade que sofrem ou sofreram crimes contra a dignidade sexual, uma vez que, para esse grupo de pessoas, os riscos da incidência de falsas memórias são ainda maiores, devido à instabilidade emocional e a outros fatores determinantes para tal impasse.

Outro fator, não menos importante, é que, muitas vezes, esses crimes sexuais são cometidos por parentes muito próximos às pessoas em estado de vulnerabilidade, o que gera maiores riscos de contaminação da verdade, tendo em vista que muitos deles têm medo de serem desacreditados pelos familiares ou até mesmo de serem vistos como culpados por aqueles.

¹ Valéria Rita Osmarin. Advogada. OAB/RS 97.284. Pós graduada em Direito Penal e Processual Penal pela faculdade IMED Porto Alegre- RS. Endereço eletrônico: valeriaosmarin@hotmail.com

O presente estudo é ainda muito recente em nosso país, por isso, busca-se, com este trabalho, identificar as principais causas que formam as falsas memórias e encontrar meios de minimização dos efeitos negativos trazidos por elas.

Com o passar do tempo, a memória tende a passar por uma desestabilização pela influência de elementos internos e externos e os fatos vividos pelas pessoas podem não ter ocorrido da exata maneira que elas recordam, isso porque pode haver a incidência de falsas memórias.

2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE VULNERÁVEIS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os crimes contra a dignidade sexual podem ocorrer das mais diversas formas, uma vez que atingem muito mais do que o estado físico ou psicológico, podendo ocasionar inúmeras deficiências na vida adulta de quem sofreu esse tipo de violência. Diante da tamanha importância reservada a eles, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 227, caput, §4º, preconizou garantias e previu punições nos casos de sua inobservância².

Assim, o dispositivo constitucional deu ensejo a uma vasta legislação protetora da dignidade sexual dos infante-juvenis, lançando mão de um rol taxativo, previsto no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que será apresentado sem esgotar as peculiaridades de cada tipo penal, destacando, tão somente, suas premissas conceituais.

O Código Penal brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – sofreu diversas alterações no seu conteúdo desde sua entrada em vigor. Com a nova lei, houve a revogação do artigo 214, do Código Penal, que tratava do atentado violento ao pudor, e tem-se hoje, unicamente, o tipo penal do estupro, que engloba também o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso³.

Outra alteração ao Código Penal brasileiro, promovida pela Lei nº 12.015, de 2009, foi esclarecer a controvérsia no que tange à hediondez do crime de estupro, que passou a ser incluído no rol dos crimes hediondos, ou seja, os crimes de maior reprovação pelo Estado.

²MENDES, Ísis, et al. **Os crimes contra a dignidade sexual contra criança e adolescente**. Jusbrasil, 2015.

³ SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual – considerações preliminares**. Ministério Público do RS, 2015.

Há também que ser ressaltado que a figura antes prevista no revogado artigo 224 do Código Penal, que tratava das hipóteses de presunção de violência, deixou de existir e agora é tratada nos crimes contra o desenvolvimento sexual de vulnerável, previstos nos artigos 217-A e 218 do mesmo diploma legal.

Notadamente, o legislador se preocupou em dar mais atenção aos crimes praticados contra pessoas em estado de vulnerabilidade, tendo em vista a presunção de incapacidade de discernimento e a impossibilidade de oferecer resistência.

Luiz Flávio Gomes⁴, ao expor o conceito de vulnerabilidade sob seu ponto de vista, entende que exista a forma relativa e absoluta, na medida em que o artigo 217-A definiu vulnerável como sendo menor de 14 anos de idade ou aquele acometido de doença mental ou enfermidade destituído de capacidade para consentir com o ato ou oferecer oposição. Trata-se de vulnerabilidade na sua forma absoluta, considerando que de acordo com o Código Penal o menor de 14 anos não pode consentir com o ato sexual. Já no artigo 218-B, vulnerável é a pessoa menor de 18 anos ou aquele acometido por enfermidade ou deficiência mental, desprovido de capacidade para consentir com o ato ou oferecer resistência. Aqui, o conceito foi utilizado de forma absoluta, pois estendeu o bem jurídico tutelado, abarcando os menores de 18 anos e não apenas os menores de 14 anos.

A lei nº 12.978 de 2014 introduziu ao Código Penal o artigo 218-B, que passou a prever como estupro de vulnerável o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração de vulnerável, ocasionando uma cisão quanto ao critério de vulnerabilidade, que passou a considerar vulnerável a pessoa com menos de 18 anos que se encontra em situação de prostituição.

Além do critério biológico, considera-se vulnerável pessoa de qualquer faixa etária acometida por enfermidade ou deficiência mental, desprovido de capacidade para consentir com o ato ou oferecer resistência. Aqui, trata-se de qualquer causa que resulte em deficiência mental, podendo ser enquadrado um desmaio, embriaguez alcoólica, dentre outros. Portanto, enquadra-se, aqui, aquele que estiver em situação de vulnerabilidade momentânea, não necessitando que seja de efeitos permanentes⁵.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual?** Jusbrasil, 2011.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.** Consultor Jurídico, 2012.

Já o tipo penal descrito no art. 218 do CP⁶ não foi devidamente nomeado como geralmente ocorre. O legislador se absteve de focar na figura do induzimento, determinando a vítima ao deixar expresso que se trata de pessoa menor de 14 anos.

Tratando-se de tipo penal relativamente novo, o artigo 218-A do CP faz menção à satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, que submete a criança ou adolescente a presenciar atos sexuais, abrangendo tanto a conjunção carnal, quanto os atos libidinosos no geral, como forma de satisfação da lascívia própria ou de outrem.

No artigo 218 – B do CP, o legislador traz uma outra inovação que trata do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Da mesma forma que o delito 217 – A, supracitado, esse dispositivo amplia o rol de vulneráveis para os menores de 18 anos. Dá-se, assim, a proteção aos infanto-juvenis através da reforma da legislação penal que garante uma maior proteção a pessoas dessa faixa etária uma vez que a sexualidade está cada vez mais posta no mercado das famílias brasileiras⁷.

Cumpré destacar que o tipo penal em comento revogou tacitamente o artigo 244 – A do ECA, na medida em que dispôs sobre a mesma matéria em lei posterior⁸.

Outro delito objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial em razão da sua semelhança com o crime de favorecimento à prostituição é o rufianismo, que está previsto no art. 230 do CP. Esse tipo penal tem o enfoque na expressão “tirar proveito”, ou seja, para que haja a sua incidência deve haver característica comercial da qual decorra a lucratividade. Nos casos de envolvimento de pessoas maiores de 14 e menores de 18, incide uma causa de majoração da pena⁹.

Nos artigos 231 e 231 – A, o código penal trata das figuras penais do tráfico de menores interno e externo (internacional). Outro crime a ser analisado é o de assédio sexual decorrente de relação trabalhista com enfoque no superior hierárquico, localizado topograficamente no artigo 216-A, do CP, também contemplado pela Lei nº 12.015/2009 ao adicionar ao tipo penal um parágrafo de causa de aumento da pena nos casos de vitimização de menores de 18 (dezoito) anos.

⁶ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

⁷ MENDES, Ísis, et al. **Os crimes contra a dignidade sexual contra criança e adolescente**. Jusbrasil, 2015.

⁸ **SBARDELLOTTO, Fábio Roque. Crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual – considerações preliminares. Ministério Público do RS, 2015.**

⁹ MENDES, Ísis, et al. *Ibidem*.

Enquanto legislação especial protetora dos Direitos Infanto-juvenis, o ECA também se preocupou em dar suporte ao Código Penal tratando de questões que se mostram preocupantes relacionadas fundamentalmente à pornografia e ao aliciamento.

Em linhas gerais, com o intuito de apenas elencar tais crimes sem esgotar a fundamentação, apontam-se os crimes previstos nos artigos 240, 241 – A, 241 – B, 241 – C, 241 – D, e 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, todos relacionados à preservação da imagem e da integridade física e moral.

2.1 Das provas nos crimes contra a dignidade sexual

No ordenamento jurídico, para que haja o direito, é necessário que se leve ao magistrado todos os elementos capazes de convencê-lo de que a pretensão almejada é justa e essa pretensão é levada à Juízo por meio de provas.

Nos crimes contra a dignidade sexual, para que haja condenação, se faz necessária a comprovação da autoria e da materialidade do delito, para que o magistrado possa julgar e fundamentar sua decisão – seja ela procedente ou improcedente –, aplicando-se, assim, o direito no caso concreto¹⁰.

Existem vários meios de produção de prova nos crimes sexuais, como por meio da prova documental. Greco Filho¹¹ define documentos da seguinte maneira: “todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato”. Porém, na prática, esse meio de prova é praticamente inutilizável, pois grande parte dos crimes sexuais não deixam vestígios, pelo fato de que, na maioria das vezes, ocorrem na calada da noite, sem a presença de testemunhas e, não raras vezes, em ambientes intrafamiliares, o que torna ainda mais difícil comprová-los.

Assim como a prova documental, a prova testemunhal também é pouco comum nesses tipos de crimes, pois muitos ocorrem na clandestinidade, o que torna ainda mais difícil a busca por provas e a efetiva condenação do acusado, ainda mais quando a única fonte de prova é a palavra da vítima¹².

Fundamentar uma decisão judicial com base, unicamente, na palavra da vítima não tem sido uma prática muito corriqueira nos Tribunais, pois, apesar de ser um meio de prova,

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹ *Ibidem*, p. 227.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

é considerada muito frágil para embasar uma condenação criminal, sob pena de cometer equívocos e condenar um inocente. Apesar disso, é inegável o valor probatório da palavra da vítima e, se não fosse assim, não haveria o porquê da existência do artigo 201 do CPP¹³.

Como já é de notório conhecimento, grande parte dos crimes contra a dignidade sexual não deixam vestígios, portanto, é indispensável a palavra da vítima produzida em consonância com outros meios de prova¹⁴.

Apesar de existirem poucos meios para a comprovação da autoria e materialidade dos crimes sexuais cometidos em face de vítimas na condição de vulneráveis, existem outras formas de produzir a prova, como a realização de exame de corpo de delito e a declaração da vítima, esta última embasada ou não por laudo psicológico.

O artigo 167 do Código de Processo Penal faz uma ressalva quanto à indispensabilidade do exame pericial, prevendo que, na impossibilidade de fazê-lo, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta¹⁵.

A prova testemunhal pode ser imprescindível conforme elencado acima, porque muitas vezes não é possível a realização de exame de corpo de delito, principalmente nos casos em que o ato sexual não deixa vestígios, como, por exemplo, nos delitos libidinosos diversos da conjunção carnal, em que a conduta tipificada caracteriza-se pelo toque lascivo em órgão genital. Nestes casos o STJ se posicionou da seguinte forma: “A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios” (AgRg no AREsp 160961/PI, 6ª T., rel. Sebastião Reis Júnior, 26.086.2012, v.u.)¹⁶.

No intuito de evitar que erros por ausência de provas criminalizem pessoas inocentes, já existem movimentos com a finalidade de auxiliar condenados convictos de sua inocência – como é o caso do movimento fundado nos Estados Unidos, em 1992, que recebeu o nome de “Innocence Project”, que é uma organização de caráter nacional pautada em políticas públicas com finalidade de exonerar pessoas injustamente condenadas por meio de testes de

¹³ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte especial**. Vl. 2 – 16ª ed, 2016.

¹⁵ Ibidem, p. 38.

¹⁶ Ibidem, p. 73.

DNA – e de reformar o sistema de justiça criminal, objetivando evitar novas condenações injustas¹⁷.

2.1.1 A palavra da vítima

Conforme análise anterior, não raras vezes, a palavra da vítima é o único meio de prova de um delito sexual, pois esses crimes ocorrem de maneira sigilosa e sem a presença de testemunhas. Para que haja a produção de uma prova segura, a palavra da vítima deve ser aliada a outros meios de prova carreados nos autos e, não havendo, deve ser analisada a verossimilhança dos fatos relatados, bem como as características da personalidade da pessoa ofendida, como seus hábitos, sua relação com o opressor e todos os elementos capazes de tornar uma decisão mais segura e sem equívocos¹⁸.

Cumprido destacar que o acusado não comete o crime de falso testemunho se falar com a verdade, pois não tem a obrigação de falar a verdade, tampouco será prejudicado caso decida permanecer calado, pois esse direito lhe é garantido constitucionalmente¹⁹.

Assim, quanto mais elementos produzidos como meios de prova, mais correta será a decisão do magistrado, que, apesar de vigorar o sistema do livre convencimento do magistrado, deve ser devidamente fundamentado. Em contrapartida, caso a autoridade judicial não disponha de elementos suficientes para a condenação, deverá utilizar-se do princípio do “in dubio pro reo”, que preceitua o interesse do réu.

Portanto, a sentença condenatória requer prova da autoria e da materialidade do delito, do contrário deverá o juiz absolver o acusado.

2.1.2 Presunção de inocência

Considerado um dos princípios basilares do sistema processual penal, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, e prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”²⁰.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

O termo “presunção de inocência” pode ser encontrado no sistema jurídico pátrio também como “presunção de não culpabilidade”, o que não altera seu significado.

A presunção de inocência significa um dever de tratamento e de juízo²¹. Portanto, quanto ao dever de tratamento, deve ser dado ao réu o tratamento dado a um inocente até que sobrevenha uma sentença condenatória irrecorrível.

Nesse sentido, de acordo com o princípio da presunção de inocência, é encargo do acusador o ônus probatório ao passo que cabe ao réu apenas defender as imputações a ele atribuídas. Logo, o réu não possui o dever de colaboração, não necessitando comprovar sua inocência²².

2.1.3 Contraditório e ampla defesa

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal, dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

De acordo com Joaquim Canuto Mendes de Almeida²³, o princípio do contraditório está atrelado à ideia de discussão dos fatos da causa, devendo oportunizar às partes, exercer a fiscalização recíproca dos elementos do processo. Os elementos do contraditório se dividem em dois: a) direito a informação; b) direito de participação. Isso significa que é conferida às partes a necessária informação, bem como a possibilidade de contrariá-la caso não concorde com o que foi produzido.

A ampla defesa, tida como garantia no direito, está ligada diretamente ao princípio do contraditório, pois ela garante o direito ao contraditório e é através dele que ela se manifesta²⁴.

Quando a Constituição Federal faz menção à ampla defesa, ela se refere ao direito à defesa técnica (processual ou específica) que é realizada através de profissional da área e autodefesa (material ou genérica), havendo relação de complementariedade entre elas.

²¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 43.

²² Ibidem.

²³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Almeida de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1973. P. 82, apud BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único - 4ª ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

²⁴ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único - 4ª ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Na ampla defesa, é assegurada a defesa técnica, que é exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, seja defensor público. Essa defesa é necessária e irrenunciável, não dispondo a parte da faculdade de renunciar ao defensor. Por conseguinte, em decorrência do princípio da confiança, a parte tem a faculdade de escolher um defensor de sua confiança para que lhe assista, não sendo possível que o juiz substitua seu advogado constituído por outro de sua nomeação.

2.1.4 Livre convencimento motivado

No sistema do livre convencimento motivado, o juiz tem ampla liberdade na apreciação da prova dos autos, devendo fundamentar sua decisão.²⁵

De acordo com o processualista Gomes Filho²⁶, “a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável”.

Esse sistema mostra-se um dos mais equilibrados sistemas do Processo Penal brasileiro, e é, em regra, o sistema adotado pelo ordenamento pátrio, pois, apesar de ter por base o livre convencimento do magistrado, ele exige a fundamentação da decisão jurisdicional. A obrigação de fundamentar a decisão permite às partes aferir a convicção formada pela autoridade jurisdicional extraída do processo, bem como permite a compreensão dos motivos que levaram o magistrado a tomar tal decisão.

No mesmo sentido do preceito Constitucional, o Código Penal no seu artigo 155 prevê: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”²⁷.

Isso ocorre, pois os elementos produzidos em sede de investigação criminal não passam pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Porém, conforme o artigo 155 do

²⁵ Ibidem.

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 24, et al BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único - 4ª ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

²⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848**, de 07 de dezembro de 1940.

Código penal supracitado, existem três exceções a esse princípio²⁸. A primeira diz respeito às provas cautelares, que são aquelas que, em razão da urgência, não poderão ser repetidas, pois seus elementos correm risco de se esvaír. A segunda consiste nas provas não repetíveis, por não ser possível repeti-las durante o processo, seja em razão do seu perecimento, seja por se tratarem de provas que deixam vestígios, que não perdurarão até o momento processual da sua produção. Por fim, a terceira são as provas antecipadas; estas passam pelo crivo do contraditório e da ampla defesa e visam evitar o perecimento dos elementos probatórios em razão do transcurso do tempo.

3 MEMÓRIA E SUAS DIMENSÕES

3.1 Conceito, formação e funcionamento da memória

O termo “memória” geralmente é utilizado no plural – “memórias” – e não no singular, uma vez que o seu processo de formação se dá através da junção de várias informações armazenadas em nosso cérebro formadoras da memória²⁹.

Essa faculdade consiste na aquisição, formação e conservação da informação. Essas inúmeras informações, que surgem através de nossas experiências, formam a memória, por isso que se diz que ela é imensurável³⁰.

O processo de formação, armazenamento e evocação das memórias ocorre nas células nervosas (neurônios), as quais passam por modulações de acordo com os níveis de consciência e de emoção vivenciadas por cada indivíduo. São informações que armazenamos em nosso cérebro e o procedimento para se obter a lembrança do que está armazenado na memória é através da evocação dos conteúdos.

Os estudos sobre a memória e o seu funcionamento têm sido cada vez mais objeto de debates diante de situações jurídicas que envolvam memória da vítima, da testemunha ou até mesmo do acusado.

Com o passar do tempo, percebeu-se que muitos casos jurídicos dependiam quase que exclusivamente da memória, principalmente aqueles em que ela é a única fonte de prova,

²⁸ BARBOSA, Caroline Ap. Sales. **Teoria Geral da Prova no Direito Processual Penal Brasileiro**. Jusbrasil, 2016.

²⁹ MASI, Carlo Velho. **Falsas memórias no Processo Penal (parte 1)**. Canal ciências criminais, 2015.

³⁰ IZQUIERDO, Ian, et al. **Envelhecimento, memória e doenças de Alzheimer**. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2015.

como nos crimes contra a dignidade sexual, que, na maioria das vezes, são cometidos às escuras, sem a presença de testemunhas. Assim, é de extrema importância o estudo sobre o funcionamento da memória de acordo com uma visão científica atual, delimitando seu funcionamento e seus mecanismos.

Considerada uma das maiores estudiosas sobre o tema, Elizabeth Loftus³¹ destaca que o senso comum, apesar de não negar o esquecimento por parte do ser humano, acredita fielmente nas suas memórias, advogando que uma vez vivida a experiência, suas memórias restariam armazenadas na mente, ainda que houvesse o esquecimento de alguns detalhes.

Estudos apontam que existem diversas formas de armazenamento de informações e essas formas dependerão de vários fatores, como a determinação do tempo em que iremos armazenar as informações.

A informação passa por três caminhos distintos, quais sejam: a primeira fase consiste na absorção da informação, que é o processo pela qual o indivíduo recebe a informação; a segunda fase é marcada pela retenção da informação, que é o lapso temporal em que a informação permanecerá armazenada no cérebro até que surja a terceira fase, a qual consiste na recuperação das informações armazenadas pelo indivíduo para que faça uso delas.

Para que a informação seja resgatada sem que haja nenhuma interferência, deverá passar, necessariamente, pelas três fases da memória, ou seja, pelo registro sensorial, pela memória de curto prazo e pela memória de longo prazo.

Feitas essas considerações, conclui-se que a memória pode facilmente sofrer alterações no plano da realidade dos fatos e isso deve ser levado em consideração principalmente no momento da produção da prova processual, para não correr o risco de que sejam proferidas decisões injustas.

3.2 - Tipos de memória: memória de curta duração, memória operacional e memória de longa duração

As memórias de curta duração – também chamadas de memórias de curto prazo – constituem-se da formação de pequenas quantidades de informações que são armazenadas no cérebro por breves períodos de tempo³².

³¹ LOFTUS, Elizabeth F. **Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget**. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980.

³² BADDLEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **O que é a memória?** 2015.

Geralmente, o sistema cognitivo dessas memórias advém das memórias de longa duração, nas quais é levado em conta mais de um sistema de armazenamento. Desta forma, as memórias de curta duração costumam durar alguns segundos ou, no máximo, alguns minutos, sendo automaticamente descartadas caso não sejam armazenadas na memória de curta duração. Ressalta-se que, na maioria das vezes, as memórias de curta duração são formadas por material verbal e que dificilmente elas advêm de material não verbal como, por exemplo, o sistema visual ou o tato.

A memória operacional, também conhecida como memória de trabalho, consiste em um conjunto de processos que permite armazenar e manipular informações temporárias e realizar tarefas cognitivas complexas. De acordo com Baddley e Hitch³³, a memória é composta por três sistemas de processamento e armazenamento de informações. O primeiro deles, é o sistema executivo central, que funciona como um sistema de vigilância da atenção e decide o que devemos prestar atenção e como organizar uma sequência de operações que precisamos para realizar uma ação. Já o segundo, consiste num **circuito fonológico, que** nos permite gerenciar e reter materiais orais e escritos na memória. E o último, denomina-se **Plano visual-espacial, que** nos permite gerenciar e reter informações visuais.

Assim, entende-se por memória operacional aquela utilizada na realização de tarefas do dia a dia de atualização permanente. Além da função de armazenamento, a memória de trabalho atua no sistema cerebral de forma ativa e é de fácil manipulação ou transformação.

As memórias de longa duração formam-se através da junção de memórias de curto prazo, pois permanecem armazenadas no cérebro por longos períodos de tempo³⁴. Assim, o processo de formação das memórias de longa duração ocorre através da consolidação das memórias de curto prazo, o que permite que as informações fiquem armazenadas por longos períodos.

Por serem de longa duração, as informações armazenadas nesse tipo de memória podem permanecer no cérebro por minutos, dias, meses e até décadas, podendo ser resgatadas ainda que decorridos longos períodos de tempo³⁵.

³³ BADDLEY, A. E HITCH, G.J. APUD COGNIFIT. **O QUE É MEMÓRIA OPERACIONAL: NEUROPSICOLOGIA DAS FUNÇÕES EXECUTIVAS**, 2015.

³⁴ MASI, Carlo Velho. **Falsas memórias no Processo Penal (parte 1)**. Canal ciências criminais, 2015.

³⁵ DIVIDINO, Renata Queiroz. **Distinções entre memória de curto prazo e memória de longo prazo**. Unicamp, 2015.

Essas informações armazenadas na memória de longa duração influenciarão na tomada de decisões e serão utilizadas para tantas outras situações importantes, uma vez que são responsáveis pelo armazenamento, pelo esquecimento e pela recuperação.

As memórias de longo prazo são divididas em dois tipos: episódica (tem a função de recordar experiências pessoais ou eventos, estando associada a um tempo e/ou lugar particular) e a semântica (é associada a um tempo ou lugar particular e inclui nosso conhecimento sobre palavras, linguagem e símbolos, seus significados). A fixação das informações na memória de longo prazo consiste na repetição ou através de sua carga efetiva³⁶.

Os sistemas de curto e longo prazo estão inteiramente ligados entre si, isso porque as informações neles armazenadas podem passar por eles diversas vezes, conforme o indivíduo resgata e armazena a informação. Por ser algo decorrente do sistema fisiológico, o esquecimento ocorre quando as informações presentes na memória não são resgatadas com frequência, gerando um enfraquecimento da informação. Os fatores emocionais também podem contribuir para o esquecimento.

3.3 Falsas memórias: formação e classificação

O estudo da memória não era algo comum até o início do século passado. Estudos mostram que apenas na década de 1990 experimentos direcionados a fatores pós-traumáticos começaram a ser discutidos no meio científico. No decorrer desses estudos, pesquisadores descobriram que a memória pode facilmente apresentar distorções nas recordações³⁷.

Nas referidas pesquisas, constatou-se que, em todos os fatos ocorridos com pessoas consideradas normais, as lembranças recordadas poderiam ser consideradas verdadeiras e que aqueles fatos lembrados poderiam nunca ter ocorrido, ou até mesmo que poderiam ter ocorrido de forma diversa do que a pessoa recordava.

Importante salientar que o fenômeno das falsas memórias em nada tem a ver com situações de esquecimento. O ato de esquecer-se de compromissos ou de não recordar de situações ocorridas em tempos remotos apenas nos mostra que nossa memória não é infalível. Entretanto, os fatores que desencadeiam falsas recordações ou falsas memórias são

³⁶ Ibidem.

³⁷ MASI, Carlo Velho. *Falsas memórias no Processo Penal (parte 1)*. Canal ciências criminais, 2015.

totalmente distintos dos problemas de esquecimento, tendo em vista que se tratam de lembranças equivocadas ou distorcidas³⁸.

Reconhecidas como um fenômeno que se materializa no dia a dia das pessoas que possuem funcionamento saudável da memória, as falsas memórias não são patologias ou distúrbios e seu estudo vem ganhando espaço em diversas áreas de conhecimento no meio acadêmico³⁹.

4 PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE VULNERÁVEIS

4.1- Produção da prova penal e a incidência das falsas memórias

Importante observar que o princípio da verdade é relativo, uma vez que a verdade para uma pessoa pode não ser verdade para a outra. No que consiste o princípio da verdade real, o Direito Processual Penal adotou esse princípio desde que manejado com cautela, sob pena de serem violados os princípios fundamentais do Direito⁴⁰.

De acordo com a jurisprudência brasileira, as provas são divididas em três classes de acordo com os fins a que se destinam: quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma⁴¹.

Quanto ao objeto da prova, se refere a sua natureza objetiva, ou seja, define os fatos que precisam ser provados e os que não precisam ser provados⁴². Quanto ao sujeito da prova, se refere ao sujeito ou à coisa que é fonte de prova, e divide-se em prova real e pessoal. A prova real é o objeto que por si só, tal como se apresenta, demonstra informações acerca do delito, sem interferência do espírito humano; e a prova pessoal se refere àquela que advém de um ato consciente, pensado⁴³. Quanto à forma da prova, esta pode ser dividida em prova documental, material ou testemunhal. A prova documental, como o próprio nome diz, são

³⁸ OLIVEIRA, Alcy. **Memória cognição e comportamento**. São Paulo. Editora: Casa Psi Livraria, Editora e Gráfica Ltda, 2007.

³⁹ BRAINERD, Charles J. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnistsky; et al. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artimed, 2010, p.13.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual?** Jusbrasil, 2011.

documentos como “escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, dentre outros”⁴⁴.

Por prova material, entende-se aquela que exterioriza a verdade por meio de apresentação necessária à verificação da veracidade, tal como: exames médicos, corpo de delito indireto e perícia⁴⁵.

Já a prova testemunhal é obtida por meio de declarações feitas por pessoas que testemunharam algum evento sujeito à intervenção judicial. Esse meio de prova é considerado o mais frágil para a obtenção da verdade processual, uma vez que depende da memória de pessoas para a elucidação de um fato, o que é passível de distorções ante os aspectos emocionais, sensoriais, culturais, racionais, dentre outros⁴⁶.

Entretanto, a prova unicamente testemunhal pode gerar dúvidas, justamente por se tratar de um elemento de prova frágil e facilmente passível de distorção. Quando essas provas dependem de informações de crianças, há uma maior instabilidade no depoimento, uma vez que há ausência de maturidade no ver, na maneira de interpretar, de uma criança. Outro elemento a ser considerado grave no depoimento infantil consiste na divergência do depoimento e no modo de comportamento das crianças, seja no intuito de proteger o agressor – que não raras vezes é membro da família ou alguém muito próximo –, seja pelo medo de enfrentamento⁴⁷.

Diante das situações expostas acima, advém a insegurança por parte do magistrado em proceder com o julgamento diante do conjunto probatório tomando por base, unicamente, a palavra da vítima.

4.2 O reflexo da falsificação da lembrança da vítima vulnerável no ato de reconhecimento

De acordo com estudos realizados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em agosto de 2016, os índices de violência contra crianças eram extremamente alarmantes. A grande preocupação é que esses números venham sendo ocultados. Um dos principais

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 459.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

motivos ocorre em razão de não existirem registros ou relatos confiáveis acerca desse problema que é de saúde pública⁴⁸.

Nos casos de violência sexual contra crianças, na quase totalidade das vezes, o ato da violência gera uma situação traumática. Por falta de motivos evidentes que comprovem a ocorrência da violência sexual, o depoimento da criança é a única fonte de prova capaz de indiciar uma pessoa no processo criminal.

De acordo com Alberto⁴⁹, vários fatores podem ser determinantes para que a criança tenha ou não tenha consequências na vida adulta em decorrência de abuso sexual sofrido na infância. Esses fatores podem ser os mais variados, como as características individuais da criança, o meio familiar em que ela convive, o nível de agressão sofrida, o período de tempo transcorrido desde a data do fato e a atual idade da vítima.

4.3 Fatores de contaminação da prova

Ainda que estejamos na pós-modernidade, o processo em que é realizada a busca por provas de um delito ainda é muito deficiente, uma vez que, não raras vezes, os únicos meios de prova são o depoimento pessoal da vítima e a prova testemunhal⁵⁰.

Nota-se que, no atual Código de Processo Penal, a prova unicamente testemunhal e o depoimento da vítima ainda são bastante utilizados para fundamentar as decisões judiciais e, por conseguinte, inúmeras dessas decisões, por vezes condenatórias, são fundadas apenas por esses meios de prova, gerando instabilidade da decisão Judicial⁵¹.

Esses meios de prova, por serem constituídos apenas por lembranças de pessoas, correm um sério risco de terem sofrido uma contaminação da verdade por meio de diversas perspectivas processuais e extraprocessuais, tais como o transcurso de tempo, as falsas memórias, a mídia, a linguagem e o método do entrevistador.

Importante destacar que o interlocutor, ainda que tenha a mais absoluta intenção de falar a verdade e colaborar com a Justiça, pode ter seu depoimento contaminado com a

⁴⁸ STEIN, Lilian Milnitsky [et al.]. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artimed, 2010.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José e GESU, Cristina Carla di. **Fatores de contaminação da prova testemunhal**. Artigo site Dr. Nereu José Giacomolli. www.giacomolli.com.br, 2010.

⁵¹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. V.I, p. 659.

interseção das falsas memórias, pois, como já esclarecido anteriormente, por diversos fatores, a memória não é fiel aos acontecimentos do modo como realmente ocorreram.

Ao receber e reter uma informação, o cérebro transforma a realidade através de estímulos sensoriais de cada ser humano. Isso ocorre devido às particularidades de cada pessoa, da maneira com que cada um recebe e absorve a informação através de quaisquer de seus sentidos.

Para esclarecer esses fatores, é unânime que o direito necessita da psicologia para dar suporte e tecer esclarecimentos sobre esse processo mnemônico, uma vez que, o que está impregnado na memória, pode influenciar na vida das pessoas⁵².

Além dos fatores de contaminação da verdade descritos acima, que fazem parte do processo mnemônico do ser humano, é de suma importância analisar os principais fatores externos de contaminação da prova testemunhal e do depoimento pessoal.

4.3.1 Transcurso do tempo

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, LXXVIII⁵³, garante a razoável duração do processo para a solução dos litígios, bem como zela esse princípio para que não ocorram excessivos períodos de tempo entre a data do fato que originou a lide e a data do trânsito em julgado da demanda⁵⁴.

No que tange à prova testemunhal, bem como ao depoimento pessoal da vítima, o transcurso do tempo pode ser um fator decisivo para o esquecimento e as conseqüentes distorções acerca da realidade dos fatos, levando-se em consideração que os avanços das pesquisas na área da Psicologia Experimental Cognitiva têm embasado essas afirmações⁵⁵.

4.3.2 Linguagem e método do entrevistador

Tratar da violência sexual com crianças é uma tarefa bastante delicada, pois, na maioria das vezes, esses crimes ocorrem sem a presença de testemunhas e em ambiente

⁵² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 110.

⁵³ Artigo 5º, LXXVIII, CF/88 – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵⁴ LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵⁵ STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C.. **A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM. São Paulo: Revista dos TRIBUNAIS, 2003.

doméstico, o que torna ainda mais difícil a elucidação de um delito e, em muitos casos, não é possível a realização de perícia, porque muitas vezes esses crimes não deixam vestígios. Por isso, o método e a linguagem adotados pelo entrevistador são tão necessários quanto a entrevista com a criança⁵⁶.

Pelo fato de a maioria dos crimes contra a dignidade sexual dos infantes ser cometido por pessoas muito próximas a eles, como familiares e amigos íntimos, a criança vítima desses crimes tem grandes chances de passar a não confiar em mais ninguém e possivelmente silenciar sobre o abuso que sofreu ou que vem sofrendo. Esse silêncio é denominado pelos profissionais da área de “síndrome do segredo”, que influencia negativamente no momento da denúncia, prejudicando a identificação do agressor.

4.4 Depoimento especial

Em 4 de abril de 2017 foi sancionada a lei nº 13.431 que passou a estabelecer o sistema de garantia de direitos da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência alterando os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷.

Trata-se de um procedimento de oitiva realizado de forma multidisciplinar com auxílio de assistente social ou psicólogo, permitindo um ambiente menos constrangedor e mais propício para a busca da verdade.

A nova lei tem como principal fundamento a garantia estabelecida no artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que garante que a criança seja ouvida, diretamente ou por intermédio de um profissional, durante todo o processo judicial em que haja seu interesse.

A inquirição supracitada recebeu o nome de “depoimento especial”, que funcionaria da seguinte forma:

[...] crianças e adolescentes são ouvidos em uma sala aconchegante, especialmente preparada para o atendimento de menores de idade, equipada com câmeras e microfones para se gravar o depoimento. O Juiz, o Ministério Público, os advogados, o acusado e os servidores judiciais assistem ao depoimento da criança por meio de um aparelho de televisão instalado na sala de audiências. No Rio Grande do Sul, o profissional designado pelo Juiz para inquirir as crianças costuma

⁵⁶ FLECH, L. C. **Falsas memórias no processo penal**. 2012. 117f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

⁵⁷ Brasil. **Lei nº 13.431** de 4 de abril de 2017.

ser o assistente social ou o psicólogo, que permanece com fone no ouvido para que o Juiz possa indicar perguntas a serem formuladas à criança⁵⁸.

Ainda de acordo com Cezar Daltoé⁵⁹, o momento processual do depoimento especial é realizado na audiência de instrução e julgamento. Na oportunidade, cabe ao juiz decidir quais as perguntas que serão feitas durante a instrução e, por meio do intérprete, é que as perguntas chegarão ao entrevistado, ocorrendo da mesma forma a resposta, sempre por intermédio do intérprete. A gravação será anexada ao processo e não será necessário realizar outra entrevista.

4.5 Técnicas de interrogatório e avaliação psicológica

O ato de inquirição da vítima é realizado para que haja colheita de provas para uma investigação criminal, garantindo ao réu uma condenação justa fundada na produção de provas e no devido processo legal. Além disso, garante-se que haja maior segurança para a própria sociedade, no intuito de que ninguém seja condenado por atos que não praticou. Porém, cabe ressaltar aqui que, ainda que o processo se funde unicamente no depoimento pessoal da vítima, esse procedimento deve ser levado a sério e nele ser garantido o contraditório e a ampla defesa⁶⁰.

Para tanto, deve ser dada maior atenção aos delitos sexuais em razão da carência de provas materiais e da exclusividade da palavra da vítima como única fonte de prova do processo crime. Nesse sentido, Di Gesu, citado por Flech⁶¹, expõe que o ideal seria realizar a reconstrução da pequena história do delito, daquilo que realmente ocorreu, contudo, a atividade retrospectiva ou recognitiva não é tarefa simples, eis que envolve uma série de fatores complexos.

Nota-se que é de extrema importância para a elucidação de um acontecimento, a rememoração dos fatos ocorridos e, para isso, a vítima deve utilizar sua memória de resgate, ou seja, ela precisa recordar de detalhes minuciosos do acontecimento. Entretanto, essa

⁵⁸ DALTOÉ, Cezar, J. A. (2007a). **A criança vítima de abuso sexual pode ser inquirida em juízo de forma humanizada?** 2007.

⁶⁰ STEFANELLO, S. E. **Variáveis de Influência no depoimento de crianças vítimas de violência sexual.** 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

⁶¹ FLECH, L. C. **Falsas memórias no processo penal.** 2012. 117f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

espécie de memória pode ser muito facilmente manipulada e causar graves danos. Para evitar que ocorra grave injustiça com qualquer uma das partes, é imprescindível ter o acompanhamento de um profissional da psicologia durante a inquirição da vítima para evitar a ocorrência de equívocos; além disso, sua presença pode ser muito efetiva na entrevista cognitiva⁶².

A preocupação com a possível incidência de falsas memórias motivou profissionais de diversas áreas a buscar formas de entrevista cognitiva de modo eficiente sem que houvesse a incidência de falsas memórias. Nesse sentido, a entrevista cognitiva foi classificada como um dos métodos mais eficientes na busca de uma lembrança desprovida de memórias inverídicas⁶³.

A técnica de avaliação psicológica é baseada em cinco etapas fundamentadas em diferentes estudos sobre a memória. Na primeira etapa busca-se a reinstalação do contexto de codificação, ou seja, busca-se resgatar o episódio no qual aconteceu. Na segunda etapa, incentiva-se a testemunha a falar tudo o que aconteceu, independentemente do grau de certeza que ela tenha sobre o fato. Na terceira etapa, encoraja-se a testemunha, fazendo com que ela evoque suas lembranças. Na quarta, solicita-se que ela evoque as lembranças em ordens distintas. Por último, fazer com que a testemunha peça para que outras pessoas que também presenciaram os fatos relatem o episódio sob seus pontos de vista⁶⁴.

Essas técnicas reduzem as chances de sugestibilidade por parte dos entrevistadores, uma vez que realizada por profissionais devidamente habilitados, evitando-se questionamentos indutivos e tendenciosos. Outro fator que se visa reduzir é a constante lembrança dos momentos trágicos os quais vivenciou.

Além das técnicas descritas acima, existem outras técnicas eficazes de conduzir uma entrevista de forma eficiente, garantindo uma melhor segurança quanto à veracidade dos fatos narrados.

⁶² LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶³ NYGAARD, Maria Lúcia; Feix, Leandro da Fonte; Stein, Lilian Milnitsky. **Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha**: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 61, p. 147-180, 2006.

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Pedro Barbas de; Santos, Jorge Almeida. **“Jura dizer a verdade?”**: Traições e fidelidades dos processos mnésicos. Psicologia: teoria, investigação e prática, p. 257-266, 1999.

4.6 Técnicas de redução de danos

Levando-se em consideração todos os fatores que podem influenciar na memória – externos ou internos –, necessário se faz o uso de técnicas que contribuem na redução de danos durante um ato de reconhecimento ou em um depoimento, de forma que seja possível com que haja uma “brecha” à formação de falsas memórias ou no sentido de evitar riscos de contaminação da resposta por induzimento da pergunta⁶⁵.

Diante disso, é de extrema importância a presença de pessoa devidamente habilitada para fazer o ato de reconhecimento, evitando-se ao máximo qualquer incidência de memórias falsas.

Existem duas formas de fazer o reconhecimento, quais sejam, o reconhecimento simultâneo e o reconhecimento sequencial. O Código de Processo Penal optou pelo reconhecimento simultâneo, que consiste em apresentar todos os indivíduos ao mesmo tempo à testemunha ou à vítima, para que, com base nas características indicadas, ela diga qual delas se parece mais com o autor do fato. Já o reconhecimento sequencial consiste em apresentar à vítima ou à testemunha um suspeito de cada vez, devendo ela se manifestar se é ou não autor do fato, para em seguida chamar outro suspeito⁶⁶.

A técnica atualmente adotada no CPP pode colaborar para que não haja a incidência de falsas memórias, pois o verdadeiro autor do delito pode não estar presente entre as pessoas apresentadas para a vítima. Williams propõe um teste de confiabilidade da testemunha ou da vítima:

Apresentar, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de suspeitos distratores, contudo, não é dito a ela que será apresentado mais de um grupo de suspeitos. Caso a testemunha faça alguma identificação nesse reconhecimento, então ela pode ser descartada, e, caso a testemunha não faça nenhuma identificação no primeiro reconhecimento, então pode ser dada continuidade ao procedimento, apresentando o segundo reconhecimento com a presença do suspeito alvo. Dados indicam que testemunhas que não fazem identificações no primeiro reconhecimento são muito mais confiáveis⁶⁷.

⁶⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 168.

⁶⁶ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶⁷ WILLIAMS, Anna Virgínia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares**. 2003. 96 f. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

Sugere-se também que, para um efetivo processo de reconhecimento, é aconselhável que o policial que conduz as investigações não conduza o ato de reconhecimento, no intuito de que a pessoa que está fazendo a identificação não seja de nenhuma forma influenciada.

No ato de reconhecimento realizado por crianças muito pequenas, estudos mostram que, se o acusado estiver presente, elas geralmente são muito boas no reconhecimento, da mesma forma que os adultos jovens o são. O problema ocorre quando o suposto acusado não está presente, situação na qual o índice de falsa identificação é muito alto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esses estudos, notou-se que o depoimento pessoal da vítima é de extrema importância, sendo muitas vezes o único meio de prova. Porém, a experiência retirada dos processos judiciais tem demonstrado que depender unicamente da memória humana, principalmente da vítima fragilizada, pode apresentar inúmeras falhas distorcidas da realidade.

As lembranças de eventos traumáticos, como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual, as lacunas da memória e a indução são fatores muito favoráveis para a formação de falsas memórias. Essas lembranças podem muito facilmente serem modificadas, seja por fatores internos, seja por fatores externos à memória da vítima. Por isso, a elaboração do presente estudo é de grande importância para o meio jurídico.

A maneira como é realizado o interrogatório e o reconhecimento são os fatores que mais podem influenciar para a formação de distorções da realidade, pois a vítima pode responder o que o investigador deseja ouvir, e isso pode ocorrer por diversas razões, como o medo e a indução.

Sabe-se que não existem soluções para a problemática da falsificação das lembranças; porém, existem meios muito eficazes de prevenir inexatidões nos depoimentos, como a entrevista cognitiva e a linguagem sem indução do entrevistador.

Portanto, conclui-se que a prova baseada unicamente no depoimento da vítima não deva ser desacreditada e utilizada contra as reais vítimas de crimes sexuais, mas que seja colhida com muita cautela e neutralidade, sob pena de vítimas serem prejudicadas por falhas irreversíveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Almeida de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1973. P. 82, apud BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único - 4ª ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824p.

AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: GEN, 2015.

BADDLEY, a. E hitch, g.j. apud cognifit. **O que é memória operacional: neuropsicologia das funções executivas**. [Www.cognifit.com.br](http://www.cognifit.com.br). 2016. Acessado em 04 de julho de 2017.

BARBOSA, Cláudia. **Estudo experimental sobre emoção e falsas memórias**. Porto Alegre: PUCRS, 2002. Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

BERGSON, Henri. **Matéria e Memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito**. Tradução: Paulo Neves. Editora Martins Fontes. São Paulo, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: www.conjur.com.br. Acessado em 08 de julho.

BITTENCOURT, L. P. **Vitimização Secundária Infanto-juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar** – Por uma política de redução de danos. Jus Podivm, 2016.

BRAINERD, Charles J. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et al.. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artimed, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 2848**, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Lei nº 8069**, de 13 de Julho de 1990.

_____. **Lei nº 13.431**, de 4 de abril de 2017.

BRITTO, André e GARCIA, Michele. **A busca pela Verdade Real e os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal**. Arquivo Portal Ciência Atual, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte especial**. Vl. 2 – 16ª ed. 2016.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1998.

DALL'AGNOL, Daniela Dworakowski. **Depoimento sem dano: uma alternativa para a inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual**. 2015. URGs, faculdade de direito. Porto Alegre, 2015.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

DIVIDINO, Renata Queiroz. **Distinções entre memória de curto prazo e memória de longo prazo.** Disponível em: www.ic.unicamp.br. Acessado em 27 de julho de 2017.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual.** Artigo do site Jusbrasil, 2011.

IZQUIERDO, Ivan, et al. **Envelhecimento, memória e doenças de Alzheimer.** Porto Alegre. EDIPUCRS, 2015.

IZQUIERO, Iván. **Memória.** 2.ed., ver. e ampl. Porto Alegre. Artmed, 2011.

LOFTUS, Elizabeth F. **Criando memórias falsas.** Ateus. net. 2013.

LOFTUS, Elizabeth. **As falsas lembranças.** *Revista Viver Mente e Cérebro*, n. 2, 2005.

LOPES JR, Aury e SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova testemunhal e Processo Penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. com BADARO, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal no Prazo Razoável,** 2006.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASI, Carlo Velho. **Falsas memórias no Processo Penal (parte 1).** Canal ciências criminais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução penal.** 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUNES, Marco Aurélio. **Depoimento sem dano: ouvindo a criança de forma a evitar mais traumas.** Ministério do Estado do Espírito Santo, 2008.

NYGAARD, Maria Lúcia; Feix, Leandro da Fonte; Stein, Lilian Milnitsky. **Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, p. 147-180, 2006.

OLIVEIRA, Alcyr. **Memória cognição e comportamento.** São Paulo. Editora: Casa Psi Livraria, Editora e Gráfica Ltda. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual** – considerações preliminares. 2015. Ministério Público do RS.

STEIN, Lilian Milnitsky [et al.]. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artimed, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado: arts. 1º a 393**. São Paulo: Saraiva. 2007.

O DIREITO PENAL ALMEJANDO A PUNIBILIDADE, PORÉM COMO OPORTUNIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO EFETIVA

Volnete Gilioli¹

RESUMO: O trabalho aborda uma das principais problemáticas que a atualidade possui, pois enfrenta-se um alto índice de criminalidade tornando a preocupar a sociedade e o Poder Estatal. Contudo anseia uma reflexão sobre a segurança pública bem como sua efetivação através de políticas públicas e privadas, entretanto, cabe ponderar que a Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 144, “caput” essa garantia. Ademais deve-se ressaltar que faz parte dos direitos fundamentais sociais com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que existe todo aparato jurídico nesse sentido, pois vive-se em um Estado Democrático de Direito e o maior bem comum a ser tutelado é a paz. Destarte, o direito penal está em benefício de todos, pois exerce papel fundamental na garantia da ordem pública propiciando a aplicabilidade das normas penais aos que infringem a lei, tendo como principal fundamento a ressocialização, e por outro lado evitar novas práticas insidiosas de criminalidade proporcionando a segurança pública. O direito penal e segurança pública são interligados para o cumprimento de requisitos sociais, sobressaindo os punitivos, conforme preza a Constituição Federal e normas infraconstitucionais, ocorre que tais diretrizes teóricas não são cumpridas na prática, pois a penalidade é atribuída de forma condizente com a legislação, entretanto o dever do Estado com relação aos direitos sociais perde literalidade, desvirtuando sua essência, desafiando a comunidade jurídica à assimilar tais institutos produzindo efeitos positivos para a sociedade sem distinção de qualquer gênero.

Palavras-chave: Criminalidade; Direito; Segurança; Sociedade.

1 - INTRODUÇÃO

A sociedade está à mercê da insegurança caracterizada pela ineficácia e inaplicabilidade das normas, que se dá pela má execução da discricionariedade atribuída aos intérpretes da lei, bem como o descaso da sociedade que clama por segurança, mas deixa de adimplir sua responsabilidade paralela ao direito inerente a cada indivíduo.

¹ Graduada em Gestão Empresarial pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2002). Graduada em DIREITO pela Universidade de Passo Fundo (2008). Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela UNOESC/SC (2008/2010). Especialização em MBA em Gestão Pública e Gerenciamento de Cidades pela UNINTER (2013-2014).Especialização em Advocacia Criminal pela UPF (2014-2015). Mestrando da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA. DOCENTE contratada pela FARGS - Faculdades Rio Grandense, para ministrar a disciplina de Legislação Trabalhista e Tributária. DOCENTE Contratada pela Universidade do Oeste de Santa Catarina para ministrar a disciplina de Direito Processual III (2015-2016). Advogada Criminalista associada a ABRACRIM. Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina- UNOESC. Docente nas Disciplinas de Teoria Geral de Direito Processual Penal, Ética Aplicada ao Direito e Leis Penais Especiais e Legislação Extravagante na Faculdade Anhaguera (2018-2018). Associada da AACPLAM . Sócia do Escritório Duarte, Gilioli e Dill Advocacia Criminal em Passo Fundo.

Perante ao cenário a grande consequência, é a insegurança, pois a criminalidade é um dos principais problemas da sociedade, haja vista que o ordenamento jurídico é bem estruturado, no entanto, ainda assim é necessário a implementação de ações afirmativas específicas, pois a dificuldade está na efetividade dos direitos através da convivência em harmonia e principalmente a aplicabilidade das normas fundamentais.

O objetivo principal do estudo é descrever sobre a importância das normas penais para a efetivação do direito de forma punitiva-ressocializadora, eis que as ações públicas demonstram ser pouco eficazes em detrimento a complexidade da demanda, sendo que a sociedade almeja muito mais do Poder Estatal.

Nesse sentido é correto entender que o direito penal está intimamente interligado aos preceitos constitucionais a fim da preservação da sociedade e da garantia da ordem pública pois este, consagra em seus textos legais a tipificação dos delitos e aplicação do poder coercitivo, e apesar do aparato jurídico do ordenamento vigente, a sociedade precisa evoluir quanto ao caráter preventivo, isso porque somente a força estatal torna-se ineficaz em relação a gravidade da situação que impera.

O Direito Penal se constitui como principal instrumento de expressão do poder estatal, quando esse mesmo Direito penal é disposto pelo Estado para a concretude de fins específicos, ou seja, uma missão política identificada genericamente como garantia de condições de vida digna no convívio em sociedade.

Destarte, os mecanismos de controle social usados pelo Estado têm sido fundamentais para definir e manter padrões de comportamento socialmente aceitos, numa ótica de que o Estado na maioria das vezes na ânsia de manter uma ordem pelos padrões previamente estipuladas se preocupa em suprimir os conflitos, nunca em solucioná-los.

Portanto, cabe entender que a penalização sistêmica por ser uma maneira de solução dos conflitos através do Poder Estatal, com o escopo de conciliar e sanar as disparidades, não está atuando de maneira eficaz, pois deve resultar na paz e equilíbrio sendo que hodiernamente, conforme já exposto, a sociedade enfrenta uma das maiores crises de insegurança pública, pois existem falências do sistema, como será abordado no decorrer do trabalho.

2. SEGURANÇA PÚBLICA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

As prestações de serviços estatais de cunho constitucional, em especial na área da segurança pública e suas falhas, norteiam que é pressuposto basilar do direito garantir as prestações estatais, aliado a colaboração da sociedade, sendo que os direitos às prestações significam que “ao indivíduo assiste o direito de obter algo através do Estado” (CANOTILHO, 2000, p. 402).²

Desta forma, é dever do Estado de colocar à disposição do indivíduo prestações de natureza jurídicas (normativa) e fáticas (materiais) que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais (liberdade por intermédio do Estado), na medida em que o indivíduo depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade (SARLET, 2006, p.215/6).³

Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 442/446), englobam não apenas os direitos às prestações materiais ou fáticas (direitos a prestações em sentido estrito) e às prestações jurídicas ou normativas (em geral), como também os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento (direitos a prestações em sentido amplo). Os direitos fundamentais prestacionais em sentido estrito identificam-se com os direitos fundamentais sociais (BONAVIDES, 2001, p. 518-519).⁴

Na Constituição Federal de 1988, segundo Ingo W. Sarlet (1999, p. 129-173), os direitos a prestações encontram enorme receptividade, em especial no capítulo dos direitos sociais, mas também em fundamentais.⁵

Nesse contexto, por exemplo, temos o instituto da prisão cautelar como garantia do direito fundamental à segurança pública, disposto no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.⁶

²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Saraiva, Rio de Janeiro, 2006.

⁴BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵Id. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Saraiva, Rio de Janeiro, 2006.

⁶BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

Ao analisarmos o referido instituto, verifica-se a função de defesa como uma garantia institucional, bem como uma função prestacional, onde é conferido ao Estado o dever de editar normas tanto em matéria penal quanto processual, bem como criar órgãos de policiamento e estabelecimentos prisionais eficazes com o propósito de zelar pela proteção do direito fundamental à segurança pública, ou seja, não bastam medidas administrativas, mas também uma ação legislativa da parte do Estado.

A Constituição Federal consagra no artigo 144 “*caput*” a segurança pública como dever de todos, porém nem sempre isso acontece, pois, a sociedade está enfrentando um dos maiores problemas que é a criminalidade, gerando insegurança no trânsito, nas escolas, nos bairros, pequenas comunidades e até mesmo nas grandes metrópoles.

Contudo, observa-se que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade não tão somente dos órgãos estatais que estão no rol do artigo da Constituição Federal mas sim dever de toda a sociedade, para que se possa harmonizar e equilibrar o bem comum, garantindo a ordem social, efetivando a segurança pública.

Na realidade, segurança pública significa preservar o bem comum através dos órgãos estatais e da própria sociedade pois Nazareno Marceneiros aduz: Pode ser definido como um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre suas partes (MARCINEIRO, 2017).⁷

Portanto, segurança pública significa dever de todos e garantia do Poder Estatal, sendo que a própria Constituição Federal denomina sua morfologia estrutural através do artigo 144, “*caput*”. Por esse viés, deve ser afastada a ideia de que segurança pública é dever exclusivamente dos órgãos estatais, mas sim o exercício de toda sociedade visando assegurar o bem comum garantindo os direitos sociais.

Assim sobre o direito à segurança pública com extensão ao Princípio da Dignidade a doutrina de Alexandre de Moraes elucida:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira o direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, caberá ao jurista, tão somente, dar-lhe enquadramento legal. (MORAES, 2012, p.187).⁸

⁷ MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia de preservação da ordem pública. Associação de Oficiais Militares de Santa Catarina – ACORS.** Disponível em: <
<http://www2.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2417> >. Acesso em 15 jan.2020.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 27º Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

Importante verificar a questão sobre o direito à vida, sendo que a doutrina explica ser obrigação do Estado como garantia individual social para que todos possuam vida digna com segurança. E através desse contexto, entende-se que a segurança pública consiste em uma garantia fundamental coletiva e individual atrelando a ideia de que todos merecem a ordem pública a fim de atender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Dessa forma, vale ressaltar que a Constituição Federal, em seu artigo 1º inciso III, consagra o Princípio da Dignidade da pessoa humana, como uma das primeiras garantias constitucionais, sendo um valor supremo. Consoante o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana estar intimamente interligado com a questão da segurança pública e, se todos têm direito a uma subsistência digna, o Estado deve assegurar essa garantia, logo, deduz-se que a segurança pública se estende aos direitos fundamentais sociais em detrimento a efetivação do Princípio da Dignidade.

Frente ao contexto, deve-se observar que enquanto as autoridades legislativas preocupam em aprimorar os meios legais inserindo novas redações, nos dias atuais, a sociedade enfrenta a maior crise de insegurança pública e jurídica no país. Isso ocorre, pois, está cada vez mais delicado e complexo cuidar da segurança pública em âmbito nacional onde falta estrutura cultural, organizacional e de educação aos mais vulneráveis, desencadeando uma verdadeira crise desenfreada no setor social gerando grandes dificuldades para a obtenção de resultados eficientes no combate a criminalização.

Na consolidação do Estado de Direito, o princípio constitucional mais premente foi o da legalidade, onde quase toda a estrutura normativa e institucional do Estado de Direito se moldou nesse princípio. E a principal função do Estado de Direito é a proteção dos bens jurídicos, o seu poder só é legítimo quando exercido na defesa desses bens e se for realizado em favor dos indivíduos nele inseridos.

Dentre os direitos fundamentais estabelecidos e assegurados pelo modelo atual de Estado, o Estado Democrático de Direito, ressalta-se que o direito à segurança pública nada mais é do que a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo ela um dever do Estado, mas um direito e responsabilidade de todos para que se tenha o bem-estar social.

Todavia, sabe-se que o Estado vem enfrentando dificuldades no tocante à segurança pública. Há tempos, o governo busca a solução do problema, porém nunca foi resolvido. Na verdade, cada dia que passa aumenta o índice de criminalidade, anunciando o Estado que

não tem remuneração suficiente para oferecer maiores serviços de qualidades a sociedade.

Deste modo, não se pode dizer que o Estado não vem buscando condições objetivas de modo a possibilitar o acesso à segurança pública. O que está acontecendo é a utilização de métodos inadequados para a eficiência de tal serviço. Pesquisas, estudos e verbas governamentais seriam itens essenciais para que a segurança pública fosse de uma forma mais satisfatória.

Nesse sentido, operadores do Direito desempenham trabalho fundamental na busca de respostas com o intuito de contribuir através de suas pesquisas, qual seria a solução jurídica e social para resolver as questões de insegurança pública e jurídica, pois todos possuem a responsabilidade em colaborar para um mundo mais justo e igualitário, onde possam desfrutar da vida em sociedade com total harmonia e liberdade.

2.1 DELINEAMENTO ACERCA DA SEGURANÇA PÚBLICA ENQUANTO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na realidade, não há o que indagar sobre a estrutura do ordenamento jurídico vigente, pois está muito bem codificado, impossibilitando qualquer equívoco sobre o que realmente significa a segurança pública pois o “*caput*” do artigo 144 da Constituição Federal narra: “A segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos é exercida para preservação da ordem pública [...]”.⁹

A garantia da ordem na sociedade, depende da cooperação não somente entre os órgãos enumerados pelos incisos do referido dispositivo constitucional, pois em decorrência do aumento da criminalidade deve haver a efetivação do que preconiza o próprio “*caput*” do artigo 144 da Lei Maior, pois aduz especificamente que deve haver a colaboração de todos.

Mister entender que a força do Poder Estatal é de grande valia, pois detém o comando para equilibrar as relações sociais bem como o de garantir os direitos assegurados pela jurisdição, tendo em vista que a segurança pública está implicitamente no ordenamento jurídico pois Alexandre de Moraes entende:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, [...] garantindo – se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

⁹ Id. BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. [...] proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto a sua subsistência. (MORAES, 2006, p.123).¹⁰

Na realidade, o direito a uma vida com segurança atrela – se a ideia de que a segurança pública integra-se ao rol dos direitos fundamentais considerando que todos merecem a efetivação dos preceitos constitucionais pois é lastimável que apenas se situa na teoria, pois há grande dificuldade de empregar esses direitos na vida cotidiana.

Importante perceber que a ideia da Câmara dos Deputados é aprimorar o texto constitucional impondo:

Dá nova redação ao artigo 144 da Constituição Federal - que dispõe sobre a Segurança Pública, promovendo necessárias adaptações de acordo com as normas constitucionais, jurídicas e a realidade nacional, e dá outras providências. O Congresso Nacional decreta: O artigo 144 da Constituição Federal, passa a vigorar com a redação e introduções seguintes: A defesa e a preservação da ordem política, social, pública e da paz dentre os aspectos do Estado Democrático de Direito predominante na República Federativa do Brasil, como de interesse e responsabilidade de todos, constitui dever do Estado, ofício, obrigação e propósitos comuns atinentes aos órgãos de defesa nacional e aos de segurança pública. (BRASIL, 2020).¹¹

Esta é a nova proposta do Poder Legislativo em detrimento a aprimorar o atual texto da Constituição Federal, haja vista que a defesa e a preservação da ordem política, social, pública e a paz constitui obrigação na responsabilidade e interesse de todos. Deve observar que as autoridades legislativas preocupam em aprimorar os meios legais inserindo novas redações, pois nos dias atuais se enfrenta a maior crise de insegurança pública e jurídica no país.

Isso acontece porque está cada vez mais delicado e complexo cuidar da segurança pública no âmbito nacional onde há falta de estrutura cultural, organizacional, de educação aos mais vulneráveis, desencadeando uma verdadeira crise desenfreada no setor social e principalmente há grandes dificuldades a chegar em resultados eficientes para conter a criminalidade.

¹⁰ Id. **Direito constitucional**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Nova interpretação do artigo 144 da Constituição Federal/88**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/banideias.htm/6-direitos-sociais/j-seguranca/nova-redacao-ao-artigo-144-da-constituicao-federal-seguranca-publica>>. Acesso em: 25 jan.2020.

A legislação, portanto, abrange diversos meios para efetivar as garantias constitucionais, no entanto, existe falhas na hermenêutica jurídica impossibilitando a incidência das normas jurídicas, onde deve haver um aperfeiçoamento de como melhorar a efetivação dessas garantias. Nesse prisma, partindo a obrigação do Poder Estatal uma vez que é de sua competência, pois a falta de estrutura organizacional acaba prejudicando a segurança jurídica e conseqüentemente a proteção de todos.

Contudo, vale concluir que a segurança pública integra ao rol dos direitos fundamentais, pois está previsto no artigo 6º da Lei Maior sendo imprescindível viabilizá-la de maneira que possa ser garantido o mínimo existencial a sobrevivência da sociedade. Vale ponderar que os operadores do Direito têm se dedicado ao máximo para a efetivação das garantias asseguradas pela Constituição Federal, contudo, deve haver uma harmonização entre todos os setores da sociedade, pois para que possa combater e prevenir a criminalidade é necessário o cooperativismo entre todos.

O Poder Estatal, deve agir em consonância com os dispositivos legais, porém nem sempre obtém êxito tendo em vista a complexidade da demanda, pois conforme (SOARES, 2006, p.93): “Não existe crime no singular”¹² desencadeando uma discórdia complexa entre as autoridades e sociedade, pois de um lado a máquina estatal não consegue controlar e combater o crime organizado e de outro, a sociedade clama por providências.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).¹³

¹² SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança Pública: Presente e futuro**. Estudos avançados. p. 93, 2006.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Políticas públicas e segurança social**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>. Acesso em: 15 jan.2020.

Portanto, não basta existir a obrigação da implementação das políticas públicas se os entes públicos agirem contra os preceitos constitucionais, cabendo assim a intervenção do Poder Judiciário a fim de viabilizar, a todos, o mínimo existencial que é a segurança pública, condições necessárias a uma vida digna. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, entende que os direitos sociais devem ser assegurados através dos Poderes do Estado, haja vista que conforme já dito, este possui a delegação popular para efetivar tais garantias.

E para que o Estado possa agir em prol de todos precisa ser através da limitação de determinados direitos dos cidadãos com a incidência do poder de polícia que para (DI PIETRO 2014, p.94): “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.¹⁴

A administração pública deve agir a fim de manter a ordem e a paz social, em prol do bem comum, com o intuito a equilibrar as relações interpessoais através de restrições aos direitos dos cidadãos pois os artigos 136 e 137 da Constituição Federal consagra situações mais complexas em que a União deve restringir direitos com objetivo de restabelecer, em locais determinados a ordem pública e a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades em grandes proporções na natureza.

Não resta dúvidas de que a obrigação dos entes federados é de grande repercussão, pois é atuação com o principal desempenho que é cumprir com a missão da garantia da paz social, entretanto, há falhas na estrutura da efetivação desses direitos, pois conforme Luiz Eduardo Soares:

Nova abordagem, novas políticas, de natureza intersetorial: falta um agente público apto a implementá-las. Impõe-se, então, criar um novo sujeito da gestão pública. Um ator político dotado de autoridade e competência para integrar as várias áreas da administração. (SOARES, 2006, p.96).¹⁵

Contudo, deve implementar novas estruturas no Poder Estatal, criando políticas de natureza intersetorial, para que entre as secretarias dos governos municipais aliadas ao cooperativismo possam desempenhar novos trabalhos e projetos a fim de dedicar uma atenção maior e especial a sociedade, uma boa ideia é manter orçamentos participativos para que a população possa participar e acompanhar as gestões administrativas da governabilidade e com isso novas perspectivas de combate ao crime pois a grande causa é falta de recursos aos mais vulneráveis.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁵ Id. **Segurança Pública: Presente e futuro**. Estudos avançados. p. 93, 2006.

Despertar para um futuro provável é a administração começar a implementar novos projetos e se reorganizar, pois, prevenir é melhor que ter que mobilizar as consequências do crime que pode se apresentar de diversas maneiras, pois para que haja solução da grande problemática social é preciso inovar e o mais breve possível.

Entretanto, não basta as garantias sociais estar codificadas na Lei Maior e muito menos a administração possuir recursos suficientes para solução dos conflitos, porém deve saber em como reverter esses recursos em prol a coletividade, pois se enfrenta uma das maiores crises em que o crime toma conta e o medo vai ganhando espaço, limitando cada vez mais o livre arbítrio causando insegurança entre todos.

A grande verdade é que o Poder Estatal possui todas condições de cooperar e equilibrar as relações interpessoais, o fato é que se apresenta a triste realidade de que a atenção maior é voltada para assuntos considerados mais importantes do que a garantia da segurança pública pois esta não é uma tarefa fácil.

Contudo, não se deve esquecer o que preceitua a Constituição Federal em seu artigo 37 “*caput*”, que é dever da administração atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois é obrigação primordial aos administradores que estão servindo a coletividade.

Portanto, não há dúvidas de a administração deve cumprir com suas tarefas e ir além do que estima a sociedade, pois de acordo com as demandas surge novas necessidades e se não houver novos modelos de implementações de projetos os absurdos serão maiores, pois a criminalidade vem a tolher os direitos sociais.

3. O DEVER DO ESTADO, SUAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA E APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL

Importante referir que as opiniões da doutrina divergem e que as leis admitem interpretações diferentes em detrimento as normas penais-constitucionais e infraconstitucionais, no entanto deve-se sopesar que a Lei Maior regulamenta todas as demais disposições de leis e atos normativos do ordenamento jurídico vigente, sendo que não deve haver a violação de tais regras, pois estar-se-ia diante da infringência dos Princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Eis que o Direito Penal está em benefício de todos, pois exerce papel fundamental na

garantia da ordem pública propiciando a aplicabilidade das normas penais aos que infringem a lei tendo como principal fundamento a ressocialização e por outro lado evitar novas práticas insidiosas de criminalidade proporcionando a segurança pública.

Importante entender que há um grande equívoco na visão do senso comum ao compreender que o Direito Penal deve apenas aplicar o poder coercitivo aos que infringem as disposições legais, pois este acima de tudo possui a obrigação de equilibrar as relações interpessoais fazendo valer as garantias fundamentais asseguradas pela Lei Maior, através de todo aparato jurídico que há no ordenamento vigente.

A segurança pública, conforme já dito, é um direito social com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo dever da comunidade penalista a compreensão de que é reponsabilidade de todos, pois, de um lado tem a vítima merecendo a prestação jurisdicional em seu favor e de outro, o sujeito ativo do crime merecendo cumprir a pena que lhe é imposta e a ressocialização.

A visão distorcida de que deve haver incidência de penas mais severas é o maior equívoco do senso comum, pois o Direito Penal deve atender aos preceitos constitucionais onde é vedado as práticas de torturas e discriminações onde violência gera ainda mais a impunidade tolhendo a todos o direito a segurança jurídica e consequentemente a segurança pública.

Assim, constata que o Estado não deve usar seu poder coercitivo para castigar o apenado, pois irá piorar a situação não obtendo bons resultados, nesse sentido vale lembrar as palavras do Desembargador da 3^o Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul João Batista Marques Tovo (2014, p.02): “Na realidade, quem está querendo punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara ao próprio delinquente”.¹⁶

Para assegurar a paz que é o bem maior, se deve ter cautela na aplicação das normas penais, pois as regras não devem ser confundidas com castigos desumanos e degradantes que em décadas passadas eram aplicados para quem cometia crimes, pois é necessário atender o que consagra a Constituição Federal que é acima de tudo os direitos fundamentais por ser o mínimo existencial a dignidade de todos.

Conforme esclarecido no presente artigo, a ordem pública está interligada a segurança pública pois: “é a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades

¹⁶ TOVO, João Marques Batista. **A jurisprudência e o processo penal do inimigo**. Semana acadêmica de Ciências Criminais, 2014.

exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam”.

Para que haja a paz social, todos devem respeitar as normas que integram o sistema jurídico de maneira a cumprir com os deveres da garantia a ordem pública sendo a segurança pública a consequência dos cumprimentos desses deveres, porquê: “constituir-se-ia assim pelas condições mínimas necessárias a uma conveniente vida social, a saber: segurança pública, salubridade pública e tranquilidade pública” (FURTADO, 1997, p.192).¹⁷

Esses elementos fazem parte do Estado Democrático de Direito onde todos devem respeitar a ordem constitucional para exercer suas liberdades e garantias, pois a segurança pública acima de tudo é o equilíbrio entre as relações interpessoais, sendo que o Poder Estatal deve estabelecer os limites de sua atuação.

Ademais, a tranquilidade pública é imprescindível para que todos possam viver em sociedade, com liberdade para desenvolver suas tarefas como cidadão em todos os setores, pois se haver a cooperação e um trabalho mais específico em prol da segurança, irá chegar a certeza de um futuro mais integro e próspero.

3.1 AS ATIVIDADES DE RESPONSABILIDADE ESTATAL NA PRESTAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Ocorre que os gastos com o combate à criminalidade são mais elevados que seria investimento em políticas preventivas, entretanto o investimento em segurança pública do Brasil é alto, chegando a concorrer com a de países europeus, porém aqui há baixa funcionalidade por ser mal aplicado, ou seja falta administração na forma com que devem ser aplicadas as ações voltadas a seguridade.

Os custos advindos da violência são três vezes maiores do que o valor utilizado para políticas de segurança pública e prevenção da criminalidade. Em 2013, “homicídios, serviços de saúde de emergência e contratação de segurança privada foram investidos 193 bilhões de reais 4% do PIB nacional” (LIMA, 2013, p.17)¹⁸. Atualmente 5% do PIB é aplicado para combater a violência, sendo eu o referido valor poderia ser investido em saúde, educação e inclusão de jovens do mercado de trabalho, diz Lima ‘Seria muito mais produtivo gastar com prevenção de forma mais integrada, gestão e novas práticas de combate ao crime

¹⁷ FURTADO, Paulo. **Lei da Arbitragem Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹⁸ Id. **Lei da Arbitragem Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

e de garantia dos direitos da população'. Para o doutrinador, o erro da organização dos gastos em segurança pública encontra-se em investimento de "modelo falido". "Além de não ser investido dinheiro na prevenção, o Brasil aplica muito dinheiro em um modelo que há mais de 30 anos mostra-se equivocado".

A segurança pública é um dos problemas mais alarmantes atualmente no Brasil, sendo comum ser apontada como uma das maiores preocupações. Dessa forma o Estado assume importante papel referente aos novos rumos na busca de soluções para um problema tão complexo que necessita muito mais que aparato policial, assim somente através de atitudes significativas com sentido de conscientizar a sociedade promovendo uma solução de forma participativa e conjunta com o Estado.

Destarte, é tarefa árdua a implementação de mudanças na forma de aplicabilidade de medidas eficientes de segurança pública, pois no Brasil tais ainda estão arraigadas em um sistema político com características e práticas patrimonialistas e personalistas tais como policiamento repressivo, assim, qualquer tipo de mudança no sentido de enfrentar desafios além de uma reestruturação de órgãos públicos é vista, muitas vezes, como incentivo a criminalidade e não práticas de combate dados por fatos culturais dentre outros.

Conforme observado pode-se ressaltar que o investimento em educação, saúde enfim, “toda tarefa estimativa da seguridade social reflete positivamente e significativamente na segurança do País” (MORAES, 2016, p.202)¹⁹ pois estudos comprovam que a criminalidade manifesta-se mais intensamente nas sociedades com menor índice de cultura.

Entretanto, devido ao clamor social por segurança o Estado geralmente investe em ferramentas ou práticas, como exemplo, o aluguel de viaturas e destinação de recursos para “zonas quentes” com maior índice de criminalidade, a instalação de câmeras de vigilância. Por vezes tais determinações derivam de orçamentos participativos em que a própria sociedade elege como prioridade tais providências de repressão da criminalidade, sendo que o caráter educativo e preventivo raramente é posto em questão. A concretização de um novo modelo de segurança cidadã passa pela assunção de duas grandes inovações: uma de ordem político-institucional e outra, sociopolítica.

No campo da segurança pública costuma ser de maior importância o atendimento às vítimas de crime do que empreendimento e esforço de forma preventiva com intuito de

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

reduzir o número de vítimas no futuro. Destaca-se, assim, a importância de investimentos em sistemas no sentido de constituir uma forma de mudança cultural, tanto dos órgãos responsáveis pela administração da segurança pública quanto das próprias organizações policiais. Na medida em que tais formas e sistemas são criados a segurança pública é reestruturada de forma genuinamente eficaz, ou seja, não é prático continuar com investimentos em uma forma sistêmica que não produz resultados, cabendo inovar e redirecionar a postura do Estado em relação à segurança.

4. EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA ATRAVÉS DO DIREITO PENAL

Com o uso do Direito Penal na ânsia de pacificação social, ocorreu uma ampliação do espectro penal e esse ramo do direito deixa de cumprir sua legítima função, a proteção da pessoa contra os ataques de outro indivíduo e da intervenção estatal arbitrária.

Em nome da eficiência penal passamos a contar com o recrudescimento das penas e a flexibilização das garantias processuais, obstaculizam a efetividade dos direitos fundamentais e o direito penal passa a ser um mero punitivismo, com um apego enorme a exceção e ao autoritarismo, com o uso de medidas anormais no trato com complexos conflitos sociais atuais.

Nessa acepção Raphael Boldt afirma:

A assunção da sanção penal como instrumento primordial na solução de conflitos não apenas agrava o processo autodestrutivo do direito penal, mas impulsiona a edificação do Estado penal, paradigma contrário ao Estado de direito e que inviabiliza a universalização dos direitos e garantias fundamentais. (BOLDT, 2013, p.124).²⁰

As leis criadas sob a ótica da emergência e como mera satisfação retórica da midiática da violência pela sociedade transforma o devido processo penal num formalismo incomodo, “corroendo o sistema de garantias e direitos pela cultura emergencial da contenção da violência a qualquer custo e pela ampliação dos níveis de violência punitiva do Estado”. (CARVALHO, 2008, p.223).²¹

A violência institucionalizada passa a ser constatada no âmbito das agências de

²⁰ BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

²¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

punitividade raramente encontra limites no poder que exercem, eis que os direitos humanos passam a ser o obstáculo ao exercício arbitrário do poder punitivo Estatal. Ou ainda, os princípios que antes servem de contenção à intervenção penal: estrita legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade e exclusiva proteção de bens jurídicos, “são frequentemente considerados como óbice a eficiência do direito penal na prevenção e proteção da sociedade. Ou seja, os direitos humanos são aniquilados pelos próprios direitos humanos”(BOLDT, 2013, p.137).²²

A sociedade respira e transpira a ameaça do não controle da violência e do perigo, e surgem demandas sociais por proteção e segurança, demandas surgidas através do controle social formal, acreditando caber ao Estado o resguardo dos cidadãos frente essas ameaças.

Contudo, o Direito Penal não se limita aos órgãos estatais de criação e aplicação de leis penais, mas sim, abrange agências políticas, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica e internacionais, que operam no processo de criminalização (primária e secundária) e convergem para a produção desse processo (ZAFFARONI, 2003, p.96).²³

Uma das alternativas a fim de coibir o crime organizado, é prevenir atos insidiosos com uma mobilização entre todos a fim de pacificar os conflitos, pois se as gestões da governabilidade implementar novas estruturas com a criação de órgãos, secretarias com o intuito de valorizar a sociedade, porque mantendo essa proximidade pode evitar o descaso que hoje está atingindo grande parte da população.

A prevenção é uma das melhores maneiras de resolver o problema da segurança pública, pois somente a força estatal não há bons resultados tendo em vista que esta deve contar com a colaboração de todos outros setores, bem como a parceria com empresas públicas, associações e demais instituições.

4.1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL EM PROL DA SEGURANÇA PÚBLICA

A sociedade brasileira vive, atualmente, em um período de hierarquia e desigualdade,

²² BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Primeiro Volume- Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

sendo que o princípio da igualdade não permeia como deveria nas relações sociais, pois o egoísmo impera no sistema social brasileiro, sendo que o autor de determinado crime é visto sempre como o “outro”, devendo ser desabrigado pelo ordenamento, e o direito aplicado coercitivamente a este de forma arbitrária e violenta que a própria sociedade exige dos agentes do sistema.

Sobre o assunto Oscar Vilhena leciona:

Demonização, é um procedimento através do qual a sociedade trabalha na desconstrução da imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito. Conforme frase famosa de Graham Greene, eles se tornam parte de uma “classe torturável”. Qualquer esforço para eliminar ou causar danos aos demonizados é socialmente legitimado e juridicamente imune. (...) A demonização, além de ser uma violação à lei em si, cria uma espiral autônoma de violência e de comportamento brutal de uma parcela dos indivíduos uns contra os outros e ajuda a explicar não apenas os índices de homicídio alarmantes, mas também a crueldade extrema de algumas manifestações de criminalidade. (VILHENA, 2007, p.44).²⁴

Destarte, ao tempo em que aprova as ações da polícia contra supostos criminosos, a maioria das pessoas tem receio da violência policial, e reconhece a prática atos, pela polícia, de discriminação contra pobres e minorias.

Nesse sentido o Relatório Anual da Human Rights Watch, publicado em 14 de janeiro de 2009 por Raquel Varela:

A violência praticada pela polícia permanece um problema crônico no Brasil – isso inclui a utilidade excessiva da força, execuções extrajudiciais, tortura e outras formas de maus tratos. No primeiro semestre de 2008, a polícia do Rio de Janeiro foi responsável por um em cada seis assassinatos no estado – até junho daquele ano, 757 mortes foram causadas por policiais. A polícia alega que as mortes ocorrem em confronto e as registra como “ato de resistência. (VARELA, 2009, p.20).²⁵

Como observado, o número de assassinatos ocorridos quando os policiais não estão em serviço também é preocupante, “em Pernambuco, embora a taxa de elucidação dos homicídios seja baixa, estimativas apontam para o fato de que 70% deles são cometidos pelos chamados “esquadrões da morte”, que contam com policiais entre os seus membros”

²⁴VILHENA, Oscar. **Violência Democracia ou da dificuldade brasileira em lidar com a diferença**. Revista Porto Vírgula, n. 6, 2007.

²⁵VARELA, Raquel. **Violência policial é problema crônico no Brasil**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/01/14/ult1859u587.jhtm>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

(ALSTON, 2008, p.93).²⁶

Salienta-se, que a grande massa carcerária existente na atualidade e políticas de encarceramento em pouco tem afetado na diminuição da criminalidade, dessa forma a implementação da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que impediu a progressão de regime e, com isso, ampliou em grande escala a população carcerária sem que tenha ocorrido redução destes delitos.

Nota-se que frente ao aumento de criminalidade e a ineficácia das segregações ainda há, devido a influência midiática, posições oriundas de senso comum no sentido de redução da idade penal, aumento de penas e a utilização das mesmas não mais para retribuir o delito ou ressocialização do indivíduo, mas como mecanismo de pura e simples contenção, a supressão de garantias em nome da “eficiência no combate ao crime”. Dessa forma a defesa dos direitos humanos, de forma simples e pura de respeito as normas no processo penal e no momento da execução da pena, passa a ser tachada como a “defesa de bandidos”.

Ressalta-se que o sistema penal se apresenta teoricamente igualitário, de forma a alcançar toda a sociedade indistintamente, através de julgamento da conduta praticada pelo agente, porém na prática, depara-se com uma vasta gama de fatores remetidos sempre para as mesmas categorias sociais, aos que frequentaram as delegacias de polícia ou responderam algum processo penal, que na grande maioria são pobres, desempregados ou negros, geralmente com baixo grau de alfabetização.

Dessa forma, muito embora o direito de repressão imposto pelo Estado seja visto como justo, “só a pena necessária é justa” na realidade ocorre de forma contrária, o uso desmedido e desproporcional, fator que atinge o bem jurídico em questão, tal fator ocorre porque o direito penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais, de forma que sua atuação se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado diante das demandas de segurança pública e penalização da sociedade, sem que haja análise direta quanto a eficácia de forma preventiva aos delitos. Conforme salienta o mesmo autor.

Assim, decorre à criação dos delitos de perigo abstrato, que são conhecidos por demonstrar a prática de uma ação descrita pelo legislador como perigosa, e a ausência de ocorrência de danos efetivos (ex. posse ilegal de arma de fogo), existe

²⁶ALSTON, Philip. **Execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias.** Disponível em: <www.nevup.org/relatori-ophilip>. Acesso em: 15 jan.2020.

tendência de retrocesso na incidência da figura do risco permitido, com determinada restrição progressiva das esferas de atuação arriscada e à situação em que a vítima passa a ocupar lugar de destaque, sendo que na prática a lei penal é interpretada restritivamente no tocante às atenuantes, ao mesmo tempo em que se dá maior flexibilidade aos tipos penais, propiciando a contínua extensão do seu alcance. (ALSTON, 2008, p.94).²⁷

O fato do crescente número de processos contra agentes de colarinho branco dos últimos anos desvia a visibilidade da monotonia quanto ao perfil da população carcerária, que continua sendo composta por pessoas com baixa renda e grau de instrução, geralmente pela prática de crimes contra o patrimônio bem como pelo crime de tráfico, sendo que durante o cumprimento da pena acabam se integralizando às redes de crimes de diversos gêneros, sendo que a normatização prevê a ressocialização dos agentes de crime, mas o que ocorre é o magnetismo inverso, que acaba por afastar ainda mais o indivíduo da sociedade.

Nesse sentido, denota-se que em vários casos não é adequado falar em ressocialização, mas, antes disso, em socialização, sendo que diversas pessoas encarceradas nunca foram encaradas como parte do corpo social e para muitas delas, o Estado, ao contrário do que prega a Constituição Federal, só apareceu na forma de polícia, promotor e juiz. Portanto, para essas pessoas, o desafio é socializar.

Destarte, o direito penal está para a segurança pública, pois é de sua importância o cumprimento dos quesitos sociais além dos punitivos, conforme versa a Constituição Federal e demais normas pátrias, ocorre, porém, que tais ditames teóricos não são cumpridos na prática, sendo que a penalidade é imposta de forma condizente com a legislação, enquanto o dever do Estado para com os direitos sociais perde literalidade e desvirtua sua essência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo atendeu os objetivos almejados, confirmando sobre a importância do direito penal para a segurança pública, bem como a observação das normas constitucionais se manifesta na mesma esteira, sendo que a sociedade, titular de tal direito, também possui responsabilidade conjunta, frente a interpretação e aplicabilidade do ordenamento jurídico, pois a segurança pública não deve ser confundida como forma de atuação exclusiva das autoridades policiais, mas sim sinônimo de garantia constitucional que está no rol dos

²⁷ Id. **Execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias**. Disponível em: <www.nevup.org/relatori-ophilip>. Acesso em: 15 jan.2020.

direitos sociais como dever e obrigação de todos.

Através do presente artigo, constata-se que, para que possa incidir o que consagra a Constituição Federal é preciso muito mais do que a implementação de políticas públicas em detrimento a complexidade da demanda exige uma atenção especial pois o alto índice de criminalidade está causando repúdio a sociedade.

Ademais, caso não sejam tomadas as providências necessárias a sociedade irá enfrentar a maior crise mundial de insegurança pública, pois irá chegar aos extremos em que o Poder Estatal não irá mais controlar, pois conforme o presente ensaio, consegue verificar que a segurança pública é a consequência dos cumprimentos dos deveres dos cidadãos para com as normas legais.

Frente ao contexto, o Direito Penal, possui dever de aplicar as coerções reprimindo a criminalidade de forma equilibrada com o intuito de ressocialização e ao cumprimento da pena, ponderando que o Poder Estatal desempenha papel fundamental na garantia da ordem pública tendo de aplicar aos parâmetros da Lei Maior sendo vedado qualquer praticas desumanas na incidência das penas.

Apesar de todo aparato jurídico do Sistema Penal existe a insegurança jurídica, pois tem muitas falhas entre a aplicabilidade da legislação e conforme dados do Conselho Nacional de Justiça há muitos apenados que já cumpriram seus deveres com a justiça e ainda permanecem reclusos, tornando a gerar revoltas e conflitos resultando na insegurança pública e um verdadeiro caos.

Para que haja efetivação da segurança pública é preciso a cooperação entre os entes federados para que implementem novas formas de estruturas organizacionais para concretizar ações afirmativas específicas em que o cidadão se sinta valorizado podendo participar das gestões públicas com o intuito de erradicar e prevenir a criminalidade que conforme demonstrado incide em todas as classes sociais, principalmente aos mais vulneráveis.

Por fim, não restam dúvidas de que a falta de educação, cultura, estrutura familiar e psicológica é grande causa do aumento da criminalidade, tendo em vista que novos projetos do Poder Estatal juntamente com a colaboração da sociedade traçam novas perspectivas a um mundo mais equilibrado e conseqüentemente o mínimo existencial que é a paz social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALSTON, Philip. **Execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias**. Disponível em: <www.nevup.org/relatori-ophilip>. Acesso em: 15 jan.2020.

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Nova interpretação do artigo 144 da Constituição Federal/88**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/banideias.htm/6-direitos-sociais/j-seguranca/nova-redacao-ao-artigo-144-da-constituicao-federal-seguranca-publica>>. Acesso em: 25 jan.2020.

BRASIL. Decreto Lei nº 2848 de 1940. **Código Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Políticas públicas e segurança social**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>. Acesso em: 15 jan.2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FURTADO, Paulo. **Lei da Arbitragem Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Renato Sérgio de. **Estado, Polícias e Segurança Pública no Brasil**. Revista Direito, 2013.

MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia de preservação da ordem pública. Associação de Oficiais Militares de Santa Catarina – ACORS**. Disponível em: <<http://www2.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2417>>. Acesso em 15 jan.2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27º Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Saraiva, Rio de Janeiro, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança Pública: Presente e futuro**. Estudos avançados. p. 93, 2006.

TOVO, João Marques Batista. **A jurisprudência e o processo penal do inimigo**. Semana acadêmica de Ciências Criminais, 2014.

VARELA, Raquel. **Violência policial é problema crônico no Brasil**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/01/14/ult1859u587.jhtm>>. Acesso em: 10 jan 2020.

VILHENA, Oscar. **Violência Democracia ou da dificuldade brasileira em lidar com a diferença**. Revista Porto Vírgula, n. 6, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume- Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A LEGITIMIDADE ATIVA DOS PRODUTORES RURAIS FACE AO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PREVISTO NA LEI 11.101/05

Winni Fernanda Heckler¹

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema a legitimidade ativa dos produtores rurais face ao instituto da Recuperação Judicial prevista na Lei 11.101/05. Busca-se, como problema de pesquisa, analisar a possibilidade de deferimento deste procedimento aos produtores rurais que exercem atividade rural. Tendo em vista que a Lei 11.101/05 não prevê expressamente o amparo ao produtor rural, procura-se, através dos métodos exploratório e explicativo, desenvolver a temática da Recuperação Judicial, esclarecendo sua origem enquanto instrumento para superação de crises econômico-financeiras. Os métodos de abordagem utilizados em sua elaboração serão histórico, dedutivo e analítico, uma vez que a pesquisa busca, através de levantamento bibliográfico, analisar o surgimento do instituto da Recuperação Judicial e seu papel enquanto instrumento para superação de crises econômico-financeiras, especificamente quando aplicado aos produtores rurais no Brasil. O meio técnico de investigação será verificado com a utilização de vasta pesquisa bibliográfica e documental, buscando subsídios em doutrinadores conceituados na área, além do método pesquisa-ação, eis que a problemática acerca da aplicação do instituto da Recuperação Judicial aos produtores rurais trata-se de abordagem de interesse coletivo no Brasil.

Palavras chave: Recuperação Judicial. Produtor rural. Lei 11.101/05. Legitimidade ativa.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema principal o estudo acerca da legitimidade ativa dos produtores rurais face ao instituto da Recuperação Judicial previsto na Lei 11.101/05. Tem-se como problema de pesquisa a possibilidade de deferimento do procedimento da Recuperação Judicial aos produtores rurais, com o objetivo de superar crise econômico-financeira decorrente da atividade rural.

Tal estudo se justifica sob um enfoque social e científico na medida em que promove a discussão desta temática no âmbito do Direito Empresarial, buscando analisar a possibilidade de deferimento deste instrumento a fim de auxiliar os produtores rurais na

¹ Advogada na empresa Costabeber, Filippelli e Papadopol Advogados Associados. Graduada em Direito pela Universidade Feevale. Pós-graduada em Direito Bancário e em Direito do Trabalho e Previdenciário. Inscrita na OAB/RS sob o nº 94.853. E-mail: winnifheckler@gmail.com.

superação de eventual crise econômico-financeira. Isso porque resta evidente a importância do agronegócio na economia brasileira, tendo este, juntamente com a agricultura, contribuído com 23,5% do Produto Interno Bruto (PIB), em 2017, segundo levantamento da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).²

A fim de responder o problema de pesquisa, dividiu-se o trabalho em duas etapas. Inicialmente, busca-se contextualizar o surgimento do instituto da Recuperação Judicial, compreendendo seu papel enquanto instrumento para superação de crises econômico-financeiras. Em um segundo momento, tem-se como objetivo determinar os requisitos necessários para deferimento do procedimento da Recuperação Judicial aos produtores rurais.

Os níveis de pesquisa desenvolvidos no presente artigo foram exploratório e explicativo. Tendo em vista que a Lei 11.101/05 não prevê expressamente o amparo ao produtor rural, procurou-se, através dos métodos exploratório e explicativo, desenvolver a temática da Recuperação Judicial, esclarecendo sua origem enquanto instrumento para superação de crises econômico-financeiras. Os métodos de abordagem utilizados na elaboração do presente artigo foram histórico, dedutivo e analítico, uma vez que a pesquisa buscou, através de levantamento bibliográfico, analisar o surgimento do instituto da Recuperação Judicial e seu papel enquanto instrumento para superação de crises econômico-financeiras, especificamente quando aplicado aos produtores rurais no Brasil.

Dessa forma, esse trabalho foi proposto buscando contribuir no desenvolvimento de uma reflexão atual acerca do tema ora em discussão, aprofundando, nesse sentido, o debate acerca da possibilidade de deferimento da Recuperação Judicial aos produtores rurais.

2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAÇÃO DE CRISES ECONÔMICO-FINANCEIRAS

Em vigor desde 09 de fevereiro de 2005, a Lei 11.101/05 – Lei de Falências e Recuperação de Empresas – passou a regular, no ordenamento jurídico brasileiro, a Recuperação Judicial, Extrajudicial e a Falência do empresário e da sociedade empresária, substituindo, assim, o Decreto-Lei 7.661/45 que regulava as figuras da Falência e da

² IBRAHIM, Ney. Agro maduro e moderno. **CNA Brasil**. [S.I] Disponível em: <<https://www.cnabrasil.org.br/artigos/agro-maduro-e-moderno>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

Concordata, trazendo, desta forma, significativa evolução ao direito falimentar brasileiro. Esta lei teve como objetivo, após a abertura do mercado nacional e o enorme progresso econômico brasileiro da última década, auxiliar nos diversos problemas econômico-financeiros enfrentados pelas empresas através de fatores extrínsecos e macroeconômicos, consequência de crises no setor, baixa nas vendas da matéria-prima, greves trabalhistas, aumento de custos, dentre outros fatores.³

Isso porque a atividade empresarial, segundo Fornari, está amplamente sujeita a passar por períodos de crise e anormalidades econômicas, não restringindo-se ao núcleo de interesses societários compostos por sócios, acionistas, controladores e administradores, atingindo, ainda, os interesses dos indivíduos que circulam ao redor da empresa.⁴ Assim,

não há dúvidas quanto ao relevante papel que a atividade empresarial exerce no mundo contemporâneo globalizado, tudo a merecer proteção do ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional) no intuito de propiciar e manter a renda, o trabalho, o consumo e o desenvolvimento social e econômico. Deve-se considerar a empresa como sendo um agente aglutinador de recursos e capital e, ao mesmo tempo, um elemento catalisador social que fomenta o progresso e desenvolvimento da nação.⁵

Conforme esclarecem José Miguel Garcia Medina e Samuel Hübler, “a Lei reservou às empresas viáveis, entendidas como aquelas que passam por crise econômico-financeira passageira, o instituto da recuperação judicial.”⁶ Sua proteção se dá, portanto, no âmbito constitucional, através da proteção à ordem econômica, prevista no art. 170 da Constituição Federal, e no âmbito infraconstitucional, de forma esparsa, no que diz respeito à função social da empresa, através dos arts. 116, parágrafo único, e 154 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), que estabelecem o dever do acionista controlador de observar, no exercício do poder que exerce, a função social da empresa.⁷

³ YOSHINO, André Motohary; ALVES, Pedro Cordelli. O ativismo judicial e a adaptação da lei de recuperação de empresas à realidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, p. 505-513, jan./jul. 2013, p. 506-507.

⁴ FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 12, n.2, p. 139-156, maio/ago. 2015, p. 140-141.

⁵ FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 12, n.2, p. 139-156, maio/ago. 2015, p. 142.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 131-148, jan./mar. 2014, p. 133.

⁷ FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 12, n.2, p. 139-156, maio/ago. 2015, p. 142.

Por entender que o custo social para o encerramento das atividades de uma empresa seria superior ao de preservação de uma empresa economicamente viável através da viabilização de um regime especial de benefícios, o Brasil passou a adotar o regime cooperativo de superação da situação de crise de uma empresa individualmente, a fim de preservar os interesses coletivos da sociedade.⁸ Essa ferramenta é, portanto, regida pelos procedimentos da jurisdição voluntária, incidindo apenas sobre os empresários cuja causa de cessação de pagamentos seja, evidentemente, sanável.⁹

O instituto da Recuperação Judicial, conforme dispõe Pedro Roberto Decomain, tem como finalidade “tornar possível a superação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”¹⁰, permitindo-se, assim, a preservação da função social da empresa. Tal instituto não aplica-se a empresas públicas e sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriormente citadas.¹¹

Entende-se por empresas economicamente viáveis,

aquelas capazes de cumprir as condições do plano de recuperação e, após o cumprimento integral do plano e cessação dos benefícios recuperacionais, capazes de permanecer em atividade no mercado, gerando empregos, recolhendo tributos, estimulando a concorrência e ofertando bens ou serviços aos consumidores. Uma empresa que enfrenta situação de crise perene, incapaz de ser superada, acabará, invariavelmente, por chegar ao estado falimentar. De nada adiantará requerer e ter concedida a recuperação judicial, pois mostra-se inapta a permanecer em condições competitivas no mercado. No melhor dos cenários, a recuperação conferirá sobrevida à empresa, por determinado lapso temporal, às custas da sociedade.¹²

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 131-148, jan. /mar. 2014, p. 133.

⁹ FERREIRA, Sérgio de Abreu; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. O direito da empresa em crise. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 398, p. 211-228, jul. 2008, p. 218-219.

¹⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 104, p. 108-131, nov. 2011, p. 108.

¹¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 104, p. 108-131, nov. 2011, p. 108-109.

¹² MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 131-148, jan. /mar. 2014, p. 142.

Entende-se, portanto, que “o instituto da recuperação da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada”.¹³ Ocorre que, estima-se, somente cerca de 1% das empresas que pediram Recuperação Judicial no país desde a entrada em vigor da Lei 11.101/05 tenham, de fato, se recuperado da crise que a originou. Cerca de 10% destas empresas tiveram sua falência posteriormente decretada; as demais, permanecem sob responsabilidade de seus Administradores Judiciais.¹⁴

Em observância ao princípio da preservação da função social da empresa, bem como a fim de garantir o deferimento do instituto da Recuperação Judicial somente às empresas economicamente viáveis, liquidando-se as inviáveis, passou-se a determinar, judicialmente, antes do deferimento do processamento da recuperação, a realização de perícia prévia para avaliação da veracidade dos laudos contábeis apresentados.¹⁵ Conforme esclarecem Medina e Hübner, “A perícia contábil mostra-se como meio útil para averiguar a extensão da crise econômico-financeira alegada pela parte autora e propiciar visão realista da situação e funcionamento da empresa.”¹⁶

O exame de forma aprofundada acerca da situação financeira da empresa, no entanto, bem como da real viabilidade de recuperação, deve ser, posteriormente, realizado pelos credores com a apresentação do Plano de Recuperação Judicial, que poderá ser contestado através de objeções apresentadas pelos credores, bem como durante a realização da Assembleia Geral de Credores. Ressalta-se, entretanto, que a existência de patrimônio não caracteriza automaticamente a viabilidade da empresa, devendo ser considerado, para tal, o cumprimento de todos os requisitos impostos pela Lei 11.101/05.¹⁷ No que diz respeito aos requisitos obrigatórios, esclarecem Ayoub e Cavalli que

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

¹⁴ BLANES, Márcia. Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 16, n. 39, p; 79-90, jan. /mar, 2015, p. 79.

¹⁵ BLANES, Márcia. Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 16, n. 39, p; 79-90, jan. /mar, 2015, p. 84-85.

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 131-148, jan. /mar. 2014, p. 141.

¹⁷ BLANES, Márcia. Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 16, n. 39, p; 79-90, jan. /mar, 2015, p. 86-87.

em caso de ausência de comprovação do exercício regular da atividade há pelo menos dois anos, o processamento da recuperação judicial deve ser indeferido. Essa exigência, no entanto, é dispensada para empresa que exerce a atividade há menos de dois anos mas é integrante de grupo societário constituído há mais de dois anos.¹⁸

Inicialmente, para o deferimento da Recuperação Judicial, tem-se que o devedor deve ser empresário, de acordo com o conceito previsto no art. 966 do Código Civil, sendo necessário, ainda, sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme dispõe o art. 967 do Código Civil. Além destes, são também requisitos previstos no art. 48 da Lei 11.101/05, não ser falido ou estar com as responsabilidades dela decorrentes declaradas extintas por sentença transitada em julgado, não ter obtido concessão de Recuperação Judicial há menos de cinco anos, não ter obtido concessão de Recuperação Judicial com base no plano especial apresentado por microempresas ou empresas de pequeno porte, bem como não ter sido condenado (ou não ter como administrador ou sócio controlador) pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei de Falências.¹⁹

Entende-se por empresário pessoas físicas ou naturais e sociedades, que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, com caráter profissional de obter rendimento, realizando atividades de produção e/ou circulação de bens ou prestação de serviços. Empresa, por sua vez, conforme esclarece Decomain, “é a atividade de produção ou circulação de bens ou de prestação de serviço, realizada com conjugação de fatores de produção, essencialmente capital e trabalho”.²⁰

É competente para o processamento do pedido de Recuperação Judicial, por sua vez, conforme definido pela Lei de Falências, o foro do local onde esteja situado o principal estabelecimento do devedor - ou sua filial no Brasil, quando se tratar de empresas com sede no exterior. Conforme esclarece Pedro Roberto Decomain,

como principal estabelecimento, deve ser considerado aquele no âmbito do qual é desenvolvido o maior volume de atividades próprias do ramo empresarial ao qual o devedor se dedica. Além disso, este volume deve ser aferido não segundo a quantidade de negócios realizados, mas, sim, considerando o volume financeiro

¹⁸ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 37.

¹⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p. 108-109.

²⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. A recuperação judicial da empresa: requerimento, processamento inicial, habilitação e impugnação de créditos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 103, p. 117-143, out. 2011, p. 118.

por eles representado. Esta competência, a despeito de seu caráter territorial, deve ser considerada absoluta.²¹

Ainda, ressalta-se que o pedido deverá ser proposto junto à Justiça Estadual ou do Distrito Federal, atendendo-se aos requisitos anteriormente mencionados, bem como através de advogado e instruído pelo rol de documentos previstos nos incisos II a IX do art. 51 da Lei de Falências.²² Além da apresentação da referida documentação, o artigo prevê, ainda, a necessidade de inclusão, na petição inicial, da exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira.²³

Atendidos tais requisitos obrigatórios, o magistrado deferirá o processamento da recuperação e nomeará o Administrador Judicial, bem como determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor (devendo os autos permanecerem nos juízos nos quais estão sendo processados), determinará a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a Recuperação Judicial, ordenará a intimação do Ministério Público, bem como a cientificação das Fazendas Públicas Federal, Estadual e

²¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p. 109.

²² Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: (...)

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

²³ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p. 109-110.

Municipal e, por fim, determinará a publicação de edital contendo a relação nominal dos credores, advertindo-os acerca dos prazos para habilitação ou divergência de crédito. Tal edital deverá ser publicado, ainda, em órgão oficial.²⁴ Competirá, ainda, ao juízo da Recuperação Judicial, as decisões acerca do patrimônio da empresa recuperanda, bem como da extensão dos efeitos e responsabilidades dos sócios.²⁵

Com relação ao Administrador Judicial, conforme esclarece José Eli Salamacha,

os sócios da empresa em recuperação não perdem a administração do negócio, pois ao administrador judicial caberá apenas auxiliar o juiz e os credores durante o processo de recuperação e não administrar a empresa em si.²⁶

Sequencialmente, da publicação do despacho que defere o processamento da Recuperação Judicial, o devedor deverá apresentar o Plano de Recuperação Judicial, no prazo máximo de 60 dias, o qual ensejará na publicação de novo aviso aos credores para apresentação de objeções, nos termos do art. 55 da Lei 11.101/05, no prazo de trinta dias. Ressalta-se, nesse sentido, que estão legitimados para apresentação de objeções os credores cujos créditos encontrem-se sujeitos à Recuperação Judicial.²⁷

O Plano de Recuperação Judicial, por sua vez, deverá conter, ainda, “os motivos da crise econômico-financeira da empresa, bem como alternativas para superá-la, a fim de que o plano de recuperação seja real e dê segurança aos credores”.²⁸ Nesse sentido, “o legislador não impôs forma rígida à apresentação do plano, permitindo que, no arranjo dos meios, o devedor empregue, com liberdade, as ações que lhe convier, priorizando determinadas estratégias em detrimento de outras”.²⁹

A empresa em Recuperação Judicial poderá, ainda, requerer ao juízo a manutenção de posse dos bens essenciais às atividades, a fim de viabilizar a recuperação pleiteada, bem

²⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p. 110-111.

²⁵ FERREIRA, Marcus Vinicius Vita. A competência universal do juízo da recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 347-352, out. /dez. 2009, p. 350.

²⁶ SALAMANCHA José Eli. A recuperação judicial pode ser a saída para empresas em crise financeira. **Revista Bonijuris**, Curitiba, nº 547, p. 16-18, jun. 2009, p. 17.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p. 111-116.

²⁸ ROSA, Morgana Borssuk da. Recuperação judicial como forma da manutenção da função social. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 12, n. 14, p. 113-124, nov. 2017, p. 115.

²⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190.

como requerer a expedição de ofícios a serem encaminhados aos cartórios de protesto de títulos, a fim de obstar o protesto de qualquer título encaminhado pelos credores. Além disso, poderá requerer a proibição de inscrição da empresa junto ao SERASA, SPC e demais órgãos de proteção ao crédito.³⁰

Apresentada objeção por qualquer dos credores, o magistrado deverá convocar Assembleia Geral de Credores, por meio da publicação de edital. A mesma será presidida pelo Administrador Judicial e será instalada em primeira convocação, se presentes os credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, e, sucessivamente, em segunda convocação, independentemente do número de credores. Na Assembleia, por sua vez, os credores serão agrupados em três categorias, sendo elas: os credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, os credores titulares de créditos com garantia real e os credores titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.³¹

Aprovado pela Assembleia Geral de Credores ou, alternativamente, no caso de inexistência de objeção ao Plano de Recuperação Judicial, o juiz concederá a Recuperação Judicial, ocorrendo, portanto, a novação das dívidas do empresário em recuperação. Caberá, no entanto, Agravo de Instrumento, que poderá ser interposto por qualquer dos credores ou pelo Ministério Público, para impugnação da referida decisão de concessão da recuperação.³² Ressalta-se, ainda, que a homologação do Plano de Recuperação Judicial, em que pese aprovado pelos credores, estará sujeito ao controle judicial de legalidade. Isso porque “embora o direito ao crédito possa ser livremente negociado, admitindo-se livremente sua transação, a boa-fé e a função social da empresa são meta-valores indisponíveis e que não admitem transação por qualquer das partes”.³³

Assim, resta evidente, conforme esclarece José Miguel Garcia Medina e Samuel Hübler, que

ainda que o papel central no processo de recuperação seja exercido por devedor e credores, cabe ao Judiciário a importantíssima função e condução e fiscalização do processo. Dentre as incumbências do exercício da função jurisdicional está o

³⁰ SALAMANCHA José Eli. A recuperação judicial pode ser a saída para empresas em crise financeira. **Revista Bonijuris**, Curitiba, nº 547, p. 16-18, jun. 2009, p. 17.

³¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p.117-121.

³² DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 104, p; 108-131, nov. 2011, p. 124-128.

³³ FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 12, n.2, p. 139-156, maio/ago. 2015, p. 151-154.

juízo de admissibilidade da demanda, com a análise do preenchimento da condição da ação e dos pressupostos processuais.³⁴

Através deste instituto, portanto, o empresário que encontre-se em situação de crise poderá impedir a decretação da falência promovida por qualquer de seus credores.³⁵ Contudo, resta evidente que a Recuperação Judicial se justifica “como um poder-dever do empresário para com os indivíduos que a empresa afeta, não apenas como uma unidade de produção capitalista que tem fim de obtenção de lucro, mas também como fonte de empregos e riquezas para a sociedade”.³⁶ Neste sentido, a empresa “deve ser preservada a fim de atender não somente a seus interesses privados, mas também para perpetuar sua capacidade contributiva social como importante agente econômico”.³⁷

“Na recuperação judicial, assim como no Direito de Empresa, o princípio exerce, essencialmente, função de defesa”³⁸. Contudo, o princípio da preservação da empresa deve ser aplicado sempre de forma relativa, não podendo opor-se aos objetivos da Recuperação Judicial, nem mesmo aplicar-se a qualquer custo.³⁹ Esse princípio, conforme esclarece Barufaldi,

(...) possui eficácia relativa, o que significa dizer que ele não terá sempre, e necessariamente, prevalência quando em conflito com outros princípios e regras jurídicas, em especial aqueles que fundamentam o interesse da coletividade dos credores. A sua eficácia aumenta na medida em que o processo avança, atingindo sua plenitude com a decisão que concede a recuperação, não podendo, de modo algum, o princípio ser invocado para contrariar ou restringir os direitos que fundam o interesse coletivo dos credores de modo permanente ou irreversível sem que estes tenham tido a oportunidade de se manifestar acerca do plano de recuperação.⁴⁰

³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 131-148, jan. /mar. 2014, p. 140.

³⁵ FERREIRA, Sérgio de Abreu; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. O direito da empresa em crise. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 398, p. 211-228, jul. 2008, p. 217.

³⁶ ROSA, Morgana Borssuk da. Recuperação judicial como forma da manutenção da função social. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 12, n. 14, p. 113-124, nov. 2017, p. 123.

³⁷ ROSA, Morgana Borssuk da. Recuperação judicial como forma da manutenção da função social. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 12, n. 14, p. 113-124, nov. 2017, p. 123.

³⁸ BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 70.

³⁹ BARUFALDI, Wilson Alexandre. O princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: conteúdo e deveres de medida. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 109-154, set./out. 2009, p. 119.

⁴⁰ BARUFALDI, Wilson Alexandre. O princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: conteúdo e deveres de medida. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 109-154, set./out. 2009, p. 150.

Segundo Franco e Sztajn, “é esta situação de equilíbrio econômico-financeiro que permite a continuidade da empresa e, no longo prazo, o ponto comum de encontro de todos os que têm interesse na continuidade da empresa”.⁴¹

3 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL AOS PRODUTORES RURAIS NO BRASIL

Atualmente, o produtor rural é responsável pela produção da grande maioria dos alimentos consumidos no mercado interior mundo afora. No Brasil, especificamente, essa classe é responsável pela produção de 83% dos alimentos consumidos pela população brasileira.⁴² Nesse sentido, conforme esclarece Ivo Waisberg, “O Brasil é fundamentalmente um país rural. A atividade da empresa rural, seja pequena, média ou grande, é, sem dúvida, o grande motor da economia do país”.⁴³ É evidente, portanto, a importância do agronegócio na economia brasileira.

O Brasil lidera, nos dias de hoje, o ranking mundial das exportações de diversos gêneros agrícolas como soja, café e carne bovina. No ano de 2009, o agronegócio foi responsável por 23,08% do Produto Interno Bruto brasileiro. No Brasil, essa atividade rural é exercida, essencialmente, pela agroindústria e pelo empresário rural individual, em geral, titular de pequenos negócios familiares. Contudo, diferentemente dos países pertencentes à União Europeia, bem como dos Estados Unidos, onde a importância da agricultura familiar é amplamente reconhecida por políticas estatais de fortalecimento dessas pequenas estruturas, no Brasil, a produção pelos pequenos agricultores constitui-se sob alta taxa de informalidade, em um ambiente econômico cada vez menos estabilizado e por baixo aporte tecnológico e gerencial.⁴⁴

⁴¹ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 913, p. 177-191, nov. 2011, p. 186.

⁴² MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/2005. *Clarão doutrinário e jurisprudencial*. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 303-316, jul. 2016, p. 305.

⁴³ WAISBERG, Ivo. A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 131, p. 83-90, out. 2016, p. 84.

⁴⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recuperação judicial de produtor rural e a facultatividade da inscrição no registro mercantil. In: ESTEVES, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 618-620.

Paralelo a isso, verifica-se que a produção rural não ocupa, tão somente, a função de gerar empregos e riquezas, mas, essencialmente, atua como mecanismo de sustentação e transformação na ordem social.⁴⁵ Ocorre, no entanto, que

(...) o empreendedor rural está em posição de hipossuficiência em relação aos demais empreendimentos, uma vez que as suas empresas se formam a céu aberto, que não dispõem apenas da sua própria vontade, pois estão constantemente vulneráveis aos aspectos naturais e climáticos, que é a atividade cujas movimentações financeiras são as mais elevadas e de mais alto risco, sendo que o mercado põe preço nos insumos que ele compra e o próprio mercado põe preço em seu produto final. Ademais, é inegável o fato de que por ser uma atividade com características e necessidades bastante específicas, tornou-se comum a aquisição de financiamento para fomentá-la, o que exige do produtor rural, muitas vezes, a oneração de seu patrimônio, além do comprometimento de parte da produção como forma de viabilizar o acesso aos recursos financeiros de que necessita.⁴⁶

Nesse sentido, resta evidente que o período de recessão, pelo qual o Brasil tem passado nos últimos anos, tem atingido fortemente os empresários em geral, acarretando, sequencialmente, diversos prejuízos e desequilíbrios sociais em face do expressivo número de trabalhadores que perdem seus empregos e não conseguem se reinserir no mercado de trabalho. Nesse contexto, surge o instituto da Recuperação Judicial, a fim de viabilizar ao produtor rural a renegociação de suas dívidas, sob novas condições, alongando-se prazos e repactuando-se juros, sob a ótica da crise vivenciada no país.⁴⁷

Nesse prisma, a Constituição Federal, através de seu art. 186, reservou um capítulo exclusivo para tratar acerca da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, estabelecendo, portanto, que a função social da propriedade rural seria atendida a partir da observância de requisitos como o aproveitamento racional e adequado da propriedade, bem como da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente, entre outros. Dessa forma, a preservação das unidades rurais produtivas constitui-

⁴⁵ CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação judicial do produtor rural e o agronegócio como garantia da ordem econômica. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (org.). **Temas de direito da insolvência**: estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017, p. 79

⁴⁶ BANDO, Janaina Rossarolla. Da possibilidade jurídica de recuperação judicial do produtor rural. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 11, n. 1, p. 239-253, jan. /abr. 2014, p. 246.

⁴⁷ CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação judicial do produtor rural e o agronegócio como garantia da ordem econômica. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (org.). **Temas de direito da insolvência**: estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017, p. 82-83.

se como instrumento eficaz para garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.⁴⁸

O Código Civil, por sua vez, também designou tratamento específico ao empresário rural, em seu art. 971. Considera-se empresário rural todo aquele que exerce profissionalmente a atividade rural, através da produção ou circulação de bens e serviços do setor rural, com a finalidade de obtenção de lucro. Este, por sua vez, diferencia-se do simples produtor rural ou familiar que explora sua propriedade direta e pessoalmente, para sua própria subsistência.⁴⁹ O produtor rural será, ainda, considerado como empresário, independentemente do ramo de atuação – pecuária, agricultura, piscicultura, entre outros.⁵⁰ Sua abrangência, pela lei, se dá em razão da prática de atividade empresarial pelo produtor, muito embora sem a formação de uma sociedade empresária.⁵¹

A legislação brasileira, nesse sentido, estabelece como facultativa a inscrição, no registro de empresas, do empresário que exerça atividade rural. A opção pelo registro, no entanto, submete estes produtores à legislação aplicável aos empresários, atribuindo-se a eles tal regime jurídico, com a incidência de seus ônus e benefícios. Conforme esclarece Fátima Nancy Andrigli, “pelo registro, a pessoa natural ou jurídica afirma seu horizonte, ou seja, seu intento de estabelecer, ainda que passo a passo, uma atividade econômica organizada, por mais ínfima que seja em seu nascedouro.” Assim, tem-se que, para que o produtor possa usufruir das prerrogativas pertencentes à condição de empresário, o mesmo deverá promover sua inscrição regular na Junta Comercial de sua respectiva sede.⁵²

⁴⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recuperação judicial de produtor rural e a facultatividade da inscrição no registro mercantil. In: ESTEVES, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 618-621.

⁴⁹ ⁴⁹ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/2005. *Clarão doutrinário e jurisprudencial*. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 303-316, jul. 2016, p. 305.

⁵⁰ CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação judicial do produtor rural e o agronegócio como garantia da ordem econômica. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (org.). **Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho**. São Paulo: IASP, 2017, p. 82.

⁵¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra. A recuperação judicial e o produtor rural. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 89-111, jan. /jun. 2015, p.93.

⁵² ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recuperação judicial de produtor rural e a facultatividade da inscrição no registro mercantil. In: ESTEVES, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 622.

Nesse sentido, a doutrina tem fundamentado seu entendimento no artigo 984 do Código Civil, que estabelece que, a fim de ser equiparado, para todos os efeitos, à sociedade empresária⁵³, o produtor rural deverá estar registrado na Junta Comercial, sendo tal registro instrumento apto a dar publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis.⁵⁴ Diversos magistrados, no entanto, têm se posicionado no sentido de que a simples comprovação da atividade pelo período mínimo estabelecido pela Lei 11.101/05 seria suficiente para atestar a regularidade da atividade rural.⁵⁵

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se acerca da matéria, tendo a 4ª turma do STJ fixado importante precedente quanto à recuperação judicial do produtor rural. Isto porque, segundo entendimento adotado pela referida turma, estariam satisfeitos os requisitos indispensáveis para o deferimento da medida sempre que devidamente realizado o registro do produtor na forma da lei, bem como comprovada a exploração da atividade rural de forma empresarial por mais de dois anos, não distinguindo-se, a partir disso os débitos anteriores e posteriores à inscrição do empresário rural que pede recuperação judicial.⁵⁶

Tal precedente fixou, assim, importante marco temporal aos produtores rurais, diante das inúmeras divergências existentes, inclusive, entre o próprio judiciário. O Recurso Especial de nº 1.800.032/MT, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, através dos votos vencedores dos Ministros Luis Felipe Salomão, Antonio Carlos Ferreira e Raul Araújo, pôs fim à discussão acerca da matéria, adotando o entendimento de que o registro possui natureza meramente declaratória, bastando, para tanto, o registro do produtor na forma da lei, para sujeição de todos os seus débitos - anteriores e posteriores à inscrição – ao procedimento recuperacional.

⁵³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra. A recuperação judicial e o produtor rural. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 89-111, jan. /jun. 2015, p. 95.

⁵⁴ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/2005. Clarão doutrinário e jurisprudencial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 303-316, jul. 2016, p. 306-307.

⁵⁵ CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação judicial do produtor rural e o agronegócio como garantia da ordem econômica. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (org.). **Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho**. São Paulo: IASP, 2017, p. 80.

⁵⁶ STJ fixa importante precedente acerca da recuperação judicial de produtor rural. **Migalhas**, 2019. ISSN 1983-392X. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI314583,101048-STJ+fixa+importante+precedente+acerca+da+recuperacao+judicial+de>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido buscando analisar a possibilidade de deferimento do procedimento da Recuperação Judicial aos produtores rurais que exercem atividade rural, com o objetivo de superar crise econômico-financeira decorrente desta atividade, bem como, em caso afirmativo, ainda identificar quais os requisitos para a concessão desta medida. Propôs-se, inicialmente, contextualizar o surgimento do instituto da Recuperação Judicial, compreendendo seu papel enquanto instrumento para superação de crises econômico-financeiras. Em um segundo momento, buscou-se analisar os requisitos necessários para deferimento do procedimento da Recuperação Judicial aos produtores rurais.

Assim, partiu-se das hipóteses provisórias de que diversos produtores rurais têm encontrado dificuldades para arcar com seus compromissos financeiros, encontrando-se em situação de risco, em face da possibilidade de ter seu patrimônio pessoal reduzido para pagamento de seus credores, em decorrência da crise econômica enfrentada pelo país nos últimos anos. Acredita-se, contudo, que o produtor rural desenvolve atividade equiparada ao empresário de fato e, portanto, é responsável pela manutenção de empregos, arrecadação de tributos, circulação de riquezas e o cumprimento da função social da propriedade rural que permeiam o exercício desta atividade, absolutamente relevante para a economia do país.

Ainda, dentre as hipóteses iniciais, verifica-se que a Lei 11.101/05 não prevê expressamente o amparo ao produtor rural. Ocorre que, com a possibilidade de renegociação do passivo, junto a credores e fornecedores, tem-se no instituto da Recuperação Judicial a possibilidade de superação da crise por produtores rurais que se encontrem em dificuldades econômico-financeiras, tendo, a jurisprudência, se fortalecido no sentido de equiparar os produtores rurais aos empresários de fato, autorizando o pedido de Recuperação Judicial ao mesmos.

Constata-se, desta forma, depois de analisados os pontos anteriormente citados, como possível o deferimento do procedimento da Recuperação Judicial aos produtores rurais. Ainda, em que pese o entendimento doutrinário acerca da necessidade de registro prévio, por prazo superior a dois anos, a jurisprudência tem se manifestado de forma diversa, adotando o entendimento de que o registro possui natureza meramente declaratória, bastando a comprovação do efetivo exercício de atividade econômica organizada para deferimento da medida aos produtores rurais. Viu-se, ainda, que, recentemente, o Superior Tribunal de

Justiça manifestou-se acerca da matéria, através do julgamento do Recurso Especial de nº 1.800.032/MT, fixando precedente importante aos produtores rurais.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recuperação judicial de produtor rural e a facultatividade da inscrição no registro mercantil. In: ESTEVES, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 617-627.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDO, Janaina Rossarolla. Da possibilidade jurídica de recuperação judicial do produtor rural. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 11, n. 1, p. 239-253, jan./abr. 2014.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. O princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: conteúdo e deveres de medida. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 109-154, set./out. 2009.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra. A recuperação judicial e o produtor rural. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 89-111, jan./jun. 2015.

BLANES, Márcia. Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 16, n. 39, p. 79-90, jan./mar, 2015.

CASTRO, Bruno Oliveira. A recuperação judicial do produtor rural e o agronegócio como garantia da ordem econômica. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (org.). **Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho**. São Paulo: IASP, 2017, p. 59-85.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. O procedimento da recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 104, p. 108-131, nov. 2011.

DECOMAIN, Pedro Roberto. A recuperação judicial da empresa: requerimento, processamento inicial, habilitação e impugnação de créditos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 103, p. 117-143, out. 2011.

FERREIRA, Marcus Vinicius Vita. A competência universal do juízo da recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 347-352, out./dez. 2009.

FERREIRA, Sérgio de Abreu; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. O direito da empresa em crise. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 398, p. 211-228, jul. 2008.

FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 12, n.2, p. 139-156, maio/ago. 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 913, p. 177-191, nov. 2011.

IBRAHIM, Ney. Agro maduro e moderno. **CNA Brasil**. [S.I] Disponível em: <<https://www.cnabrasil.org.br/artigos/agro-maduro-e-moderno>>. Acesso em: 30 jan. 2020.
MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 131-148, jan./mar. 2014.

MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; OLIVEIRA, Rayanne Silva Pereira. O empresário rural face à recuperação judicial nos termos da lei 11.101/2005. Clarão doutrinário e jurisprudencial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 303-316, jul. 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSA, Morgana Borssuk da. Recuperação judicial como forma da manutenção da função social. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 12, n. 14, p. 113-124, nov. 2017.

SALAMANCHA José Eli. A recuperação judicial pode ser a saída para empresas em crise financeira. **Revista Bonijuris**, Curitiba, nº 547, p. 16-18, jun. 2009.

STJ fixa importante precedente acerca da recuperação judicial de produtor rural. **Migalhas**, 2019. ISSN 1983-392X. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI314583,101048-STJ+fixa+importante+precedente+acerca+da+recuperacao+judicial+de>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

WAISBERG, Ivo. A viabilidade da recuperação judicial do produtor rural. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 131, p. 83-90, out. 2016.

YOSHINO, André Motohary; ALVES, Pedro Cordelli. O ativismo judicial e a adaptação da lei de recuperação de empresas à realidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, p. 505-513, jan./jul. 2013.