



Revista



SANTA CATARINA

Subseção
Joinville

Eletrônica

A Revista da Advocacia da Subseção de Joinville
Gestão 2019-2021



REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Selhorst Barbosa
Advogado OAB/SC nº 39.740

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

Dr. Cláudio Melquiades Medeiros
Advogado OAB/SC nº 13.210

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

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

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

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA DA REVISTA

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

Carlos Henrique Ribas Pereira
Advogado OAB/SC nº 43.816

Jaqueline Kelli Percio
Advogada OAB/SC nº 39.168

Jonathan Maicon Francisco
Advogado OAB/SC nº 53.350

Marina Du Bois
Advogada OAB/SC nº 56.869

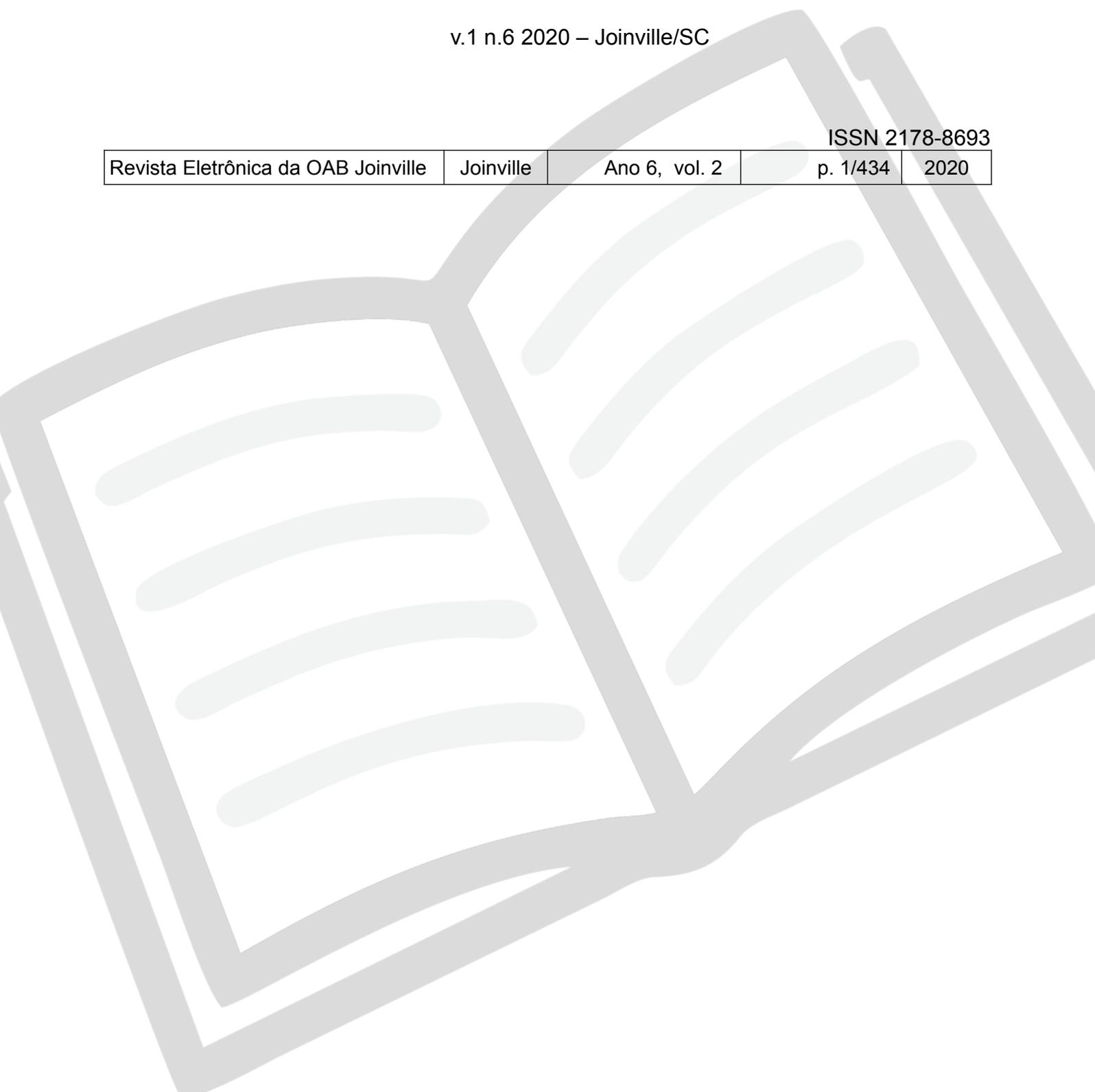


REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.1 n.6 2020 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	Ano 6, vol. 2	p. 1/434	2020
-------------------------------------	-----------	---------------	----------	------





REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

Diretoria OAB Joinville (2019/2021)

Maria de Lourdes Bello Zimath -Presidente

Óliver Jander Costa Pereira - Vice-presidente

Nicholas Alessandro Alves Medeiros - Secretário-geral

Tatiana Maria Ramos Virmond - Secretária-geral Adjunta

Nathalie Luiza Reis Stechinski - Tesoureira

Direção geral

Maria de Lourdes Bello Zimath

Coordenação Editorial

Janaína Silveira Soares Madeira

Revisão Editorial

Janaína Silveira Soares Madeira

Marina Du Bois

Design Gráfico

Marina Du Bois

Contato

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacú

89221-050 - Joinville/SC - Brasil

revista@oabjoinville.org.br

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

Intermitente até 2011.

Interrompida em 2012.

Periodicidade semestral a partir de 2019.

Versão online disponível em: <https://revista.oabjoinville.org.br/>

Numeração alterada: ano 6, n.2, 2020

ISSN 2178-8693

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

CDDir 340.05

Elaborado: Bibliotecária Alessandra Mara Schroeder CRB 14/679



SUMÁRIO

EDITORIAL

Maria de Lourdes Bello Zimath.....7

Artigo Especial: JUSTIÇA SOCIAL E DIREITO SOCIAL

Carlos Adauto Vieira..... 8

A CESSÃO DE CRÉDITO E O SUPERENDIVIDAMENTO EMPRESARIAL E SOCIAL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO COVID19

Albano Francisco Schmidt e Robson Oliveira..... 13

O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CONSTITUCIONALMENTE LEGITIMADO COMO BEM COMUM

Bianca Larissa Dias Freitas..... 25

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): SOLUÇÃO PÓS PANDEMIA

Bruna Letícia Trupel e Cléopatra Regina Teixeira Xavier Costa..... 42

ANIMAIS COMO TITULARES DE DIREITOS TUTELADOS JURIDICAMENTE: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NOS CASOS DE MAUS-TRATOS E A REALIDADE NA CIDADE DE JOINVILLE/SC

Eduarda Cintra Machado e Eliezer José Bonan Junior..... 56

O CONFLITO DE NORMAS APLICÁVEIS AOS TRABALHADORES DE NAVIOS DE CRUZEIRO

Elen Cristina Borges e Luis Felipe do Nascimento de Moraes..... 93

O DIREITO À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – TNU

Emily Thays Borges de Lima e Anna Lethícia dos Santos..... 111

A INTERPRETAÇÃO DO ROL DE CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Felipe dos Passos Silva e Giovani de Lima..... 130

A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Fernanda Padilha..... 147

A (IM)POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS CRÉDITOS PREVISTOS NO ART. 49, §3º, DA LEI 11.101/05 NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Gabriela Manarin e Giliane Lisboa dos Santos..... 175

ENSAIO SOBRE O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: SUA EFETIVIDADE E A SÍNDROME DA CONDIÇÃO PERIFÉRICA

Haroldo Alves de Lima e Ricardo Alves de Lima..... 185

A QUESTÃO DA INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO N.º 149 DA OIT: UMA ANÁLISE POR MAIS SEGURANÇA NO FRONT DOS TRABALHADORES DA SAÚDE

Hellen Cristina Sales e Mateus Borges José..... 195



VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER E SEUS EFEITOS NO PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL	
Heloísa Queiroz Anschau do Amaral.....	211
DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO	
Indalécio Robson Paulo Pereira Alves da Rocha.....	227
O APADRINHAMENTO AFETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA	
Joelma de Amorim e Janaina Silveira Soares Madeira.....	249
PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SC À LUZ DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL	
Joice Samara Melchiorretto e Helena Schiessl Cardoso.....	265
CONTRIBUIÇÕES FEMINISTAS PARA O FUTURO DO DIREITO BRASILEIRO: UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA	
Juliana Alice Fernandes Gonçalves.....	282
O DIREITO DE FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: DECISÕES DIFÍCEIS A SEREM TOMADAS	
Larissa Emanuelle Asunção.....	299
A (DES)ESTRUTURA POLICIAL DEVIDO AO DESCASO DO ESTADO E A (IN)SEGURANÇA À POPULAÇÃO	
Lucas Nicolas dos Santos Gallotti e Waldemar Moreno Junior.....	307
A MULHER NO SISTEMA PRISIONAL: PERSPECTIVAS DE RESSOCIALIZAÇÃO	
Maria Paula Ferreira e José Edilson da Cunha Fontenelle Neto.....	328
DA POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL QUANDO HÁ TESTAMENTO PÚBLICO	
Marina Du Bois.....	345
A CRIMINALIZAÇÃO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA	
Marina Gonçalves Mendonça Benvenuti.....	362
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DAS EMPRESAS: A ÓTICA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	
Natalia Fernandes e Jani Floriano.....	377
DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DA LEI Nº 13.709/18 E SEU POSSÍVEL IMPACTO NO DIREITO DO CONSUMIDOR	
Nicole Helene Wuthstrack e Beatriz Regina Branco.....	393
A ILEGALIDADE DA SUSPENSÃO ACAUTELATÓRIA DE CREDENCIAMENTO PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS ELETRÔNICOS REGULAMENTADA PELO ATO DIAT Nº 20/2019 – SANTA CATARINA	
William Holz, Lucas Rafael Gonçalves Corrêa Cidral e Gabriel de Borba Schulz.....	410
A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	
Yasmin de Amorim Santos e Luis Felipe do Nascimento de Moraes.....	419



EDITORIAL

Os cenários sombrios desenhados pela aceleração da maior crise sanitária em cem anos, provocada pela pandemia que é considerada a pior emergência global que já se enfrentou, têm estimulado a produção científica em várias províncias, muito além da biológica. Compreensível, pois o impacto social e as repercussões no Direito têm sido inexoráveis. Bem por isto, algumas dessas narrativas jurídicas, observadas sob a lente metodológica da Ciência, são trazidas para o espaço deste 2º volume do ano 6 da Revista Eletrônica da OAB Joinville, publicação em série da 9ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina.

Induvidoso estarmos vivendo transições históricas que, de uma forma ou de outra, acham-se abordadas em alguns dos vinte e cinco artigos da Revista conforme seguem: cessão de crédito e o superendividamento empresarial e social durante a pandemia, agudização da violência doméstica, segurança para os profissionais da saúde, pensamento constitucional e efetividade, animais como titulares de direito e consequências jurídicas nos casos de maus tratos em Joinville, On Line Dispute Resolution (ODR) pós pandemia, o direito de família em tempos de pandemia, a mulher e o sistema prisional e ressocialização, terceirização da atividade-fim e a precarização das relações de trabalho, dentre outros.

De outro norte, destaco que este é um volume incomum, pois que festeja a publicação de Artigo Especial: Justiça Social e Direito Social, que é da lavra de uma figura icônica do Direito e das Letras: Dr. Carlos Adauto Vieira.

O número 252 de sua inscrição na OAB/SC denuncia a longevidade de sua carreira. O último colega inscrito recebeu o n. 57. 966.

Advogado militante, benquistado pela sua vasta clientela que a ele se dirige pelo prenome “Dr. Adauto”. Em sua vasta produção textual assumiu o pseudônimo Charles D’Olenger ou Charlot.

Foi Sócio-Fundador da Academia Joinvilense de Letras em 1969. Manteve durante 45 anos uma coluna de crônicas no Jornal A Notícia em Joinville.

Autor de “Aos Domingos Crônicas”, “Europa sem Programa”, “Estórias Curtas”, “Saborosas Estórias Curtas” e “Gênese de um Contador de Estórias”.

A todos e a todas, uma ótima incursão nos textos laboriosos desta publicação!

Maria de Lourdes Bello Zimath
Presidente da OAB/SC Subseção Joinville



JUSTIÇA SOCIAL E DIREITO SOCIAL

Carlos Adauto Vieira¹

Os Poetas, como as leis, não podem ter palavras inúteis, nem obscuras ou dúbias. O extraordinário Thiago de Mello diz, clara e profeticamente, de que maneira se poderão realizar a Justiça Social e o Direito Social, num sonho poeticamente realizável.

Tomo dele o decreto e o declamo:

“Fica decretado que agora vale a verdade, que agora vale a vida e que de mãos dadas trabalharemos todos pela vida verdadeira.

Fica decretado que todos os dias da semana, inclusive as terças-feiras mais cinzentas, têm direito a converter-se em manhãs de domingo.

Fica decretado, que, a partir deste instante, haverá girassóis em todas as janelas, que os girassóis terão direito a abrir-se dentro da sombra; e que as janelas devem permanecer, o dia inteiro, abertas para o verde onde cresce a esperança.

Fica decretado que o homem não precisará nunca mais duvidar do homem como a palmeira confia no vento, como o vento no ar, como o ar confia no campo azul do céu.

O homem confiará no homem como o menino confia em outro menino.

Fica decretado que os homens estão livres do julgo da mentira.

Nunca mais será preciso usar a couraça do silêncio nem a armadura de palavras.

O homem se sentará à mesa com o seu olhar limpo porque a verdade passará a ser servida antes da sobremesa.

Fica estabelecida, durante dez séculos, a prática sonhada pelo profeta Isaías, e o lobo e o cordeiro pastarão juntos e a comida de ambos terá o mesmo gosto de aurora.

Por decreto irrevogável fica estabelecido o reinado permanente da justiça e da claridão, e a alegria será uma bandeira generosa para sempre desfraldada na alma do povo.

Fica decretado que a maior dor sempre foi e será sempre não poder dar amor a quem se ama sabendo que é a água que dá à planta o milagre da flor.

Fica permitido que o pão de cada dia tenha no homem o sinal de seu suor.

Mas que sobretudo tenha sempre o quente sabor da ternura.

Fica permitido a qualquer pessoa a qualquer hora da vida, o uso do traje branco.

Fica decretado, por definição, que o homem é um animal que ama e que é belo.

Decreta-se que nada será obrigado, nem proibido.

Tudo será permitido, sobretudo brincar com os rinocerontes e caminhar pelas tardes com uma imensa begônia na lapela.

Só uma coisa fica proibida: amar sem amor.

Fica decretado que o dinheiro não poderá nunca mais comprar o sol das manhãs vindouras.

Expulso do grande baú do medo, o dinheiro se transformará em uma espada fraternal, para defender o direito de cantar e a festa do dia que chegou.

Fica proibido o uso da palavra liberdade a qual será suprimida dos dicionários e do pântano enganoso das bocas.

A partir deste instante a liberdade será algo vivo e transparente como um fogo ou um rio, ou como a semente do trigo, e a sua morada será sempre o coração do homem”.

Algumas palavras, para serem autênticas, deveriam despir-se de adjetivos. Vir desacompanhadas. Escoteiras.

Valem por si sós.

1. Advogado, inscrito na OAB/SC nº 252.



Se não, vejamos: por que liberdade com responsabilidade? Liberdade é liberdade! E todos nós sabemos ou deveríamos saber o seu significado inteiro.

Não há duas formas de liberdade, como não há duas formas de verdade.

Há uma só e absolutamente completa. Ou não é.

Liberdade que se haure na igualdade e se aperfeiçoa com a fraternidade.

São, ainda, os três ideais revolucionários do mundo moderno. Liberdade, na política; fraternidade, no internacionalismo; igualdade, nas classes.

Do mesmo modo, a Justiça.

Não há justiças. Existe uma única, sem apelidos, sem adjetivos. Isto é, assim deveria ser considerada.

Por que, então, inventarmos uma Justiça Social, se toda ela o é, ou deve ser?

Para a diferenciar de qual?

Da outra, da individualista, fria, de olhos vendados, espada e balança às mãos, incapaz de se pronunciar de igual modo em relação a todos e a cada um, fazendo com que se diga que a lei é igual para todos, mas nem todos são iguais perante ela.

Justiça, tão bem simbolizada, que vem atravessando séculos, não é, contudo, a que almejamos fazendo realizado o Direito, este Direito que, também, chegamos a apelar, na ânsia absurda de o distinguir.

Justiça Social. Direito Social.

Como se fosse possível estabelecer distinções na meta de se alcançar a realização, através da Justiça, do Direito de cada qual e o coletivo, principalmente.

O tema, certamente, se esgotaria, se exercitássemos, talvez, a mais repetida, e tão pouco posta em prática, máxima: o amor ao próximo, ao nosso semelhante.

Se tivéramos a coragem de inibir as nossas ambições, superar o nosso egoísmo, sufocar as nossas intenções subalternas e fazer desabrochar, em toda a sua plenitude, o amor fraternal, engrandecido pelo nosso auto aperfeiçoamento.

Porém, reconhecemos, ainda não somos capazes de vencer as nossas paixões, de afogar nossos vícios, de erguer monumentos as nossas virtudes.

Por mais que julguemos haveremos evoluído, espiritual e fisicamente, vangloriando-nos de haveremos descido das árvores, de nos haveremos posto em pé e de estarmos vendo o horizonte e prestes a sermos senhores do Universo, ainda não logramos expulsar de nós mesmos, do nosso interior, a barbárie, que nos impele a justificar o domínio e exploração do nosso semelhante, do nosso irmão, na volúpia do poder, tenha a forma econômica, política ou jurídica, que apresentar.

Somos, sem dúvida, o único dos seres, capaz de justificar as suas ações, mesmo as mais nefandas.

Todavia, reconhecendo esta nossa fraqueza, esta nossa fragilidade, esta nossa incapacidade para sermos mais humanos do que animais, é que nos convocamos para reuniões tais, a fim de, em conjunto, analisarmos, com humildade e seriedade, os problemas, buscando-lhes soluções e alternativas, que nos elevem e nos tornem, instante a instante, mais senhores de realizar o sonho universal da Sociedade, repousada na Liberdade, conformada na Igualdade e unida na Fraternidade, sem o que a Justiça Social e o Direito Social não se farão e/ou restarão vivos e permanentes.

É, sobretudo, a ausência de desesperança que nos obriga e nos permite este encontro, durante o qual vamos trocar experiências e ideias e dizer de viva voz o que precisamos e o que desejamos fazer para que, num dia qualquer e que não há de estar distante, surja a Aurora por nós tão ansiada, após noites negras de arbitrarismo despótico, violência injustificável, exploração ignóbil, por que tem passado o Mundo.



De tal forma entusiasmado pela necessidade de proclamar premissas e, de certa forma, envolvido pelo poema de Thiago de Mello, quase me desviava do objetivo deste tema.

Porém, para se falar de Justiça Social e de Direito Social, há que se ser sensível à poesia e o declamar, do poeta:

*“ Fica permitido que o pão de cada dia
Tenha no homem o sinal de seu suor”*

A proposta bíblica “ganharás o pão com o suor do teu rosto”, sobre ser eterna, não estabeleceu distinções.

Não excluiu qualquer um de nós.

Não criou diferenças.

Nem admitiu que uns ganhassem o seu pão com o suor do rosto alheio.

A todos foi imposto o mesmo dever de o ganhar através do trabalho. Uma das bases do desenvolvimento da sociedade.

Mas um homem, em tempos recuados, vislumbrou a hipótese de que o mais forte poderia impor a sua potência sobre o mais fraco e o obrigar a lhe pagar tributo, seja sob que forma fosse.

Este homem transformou-se em classe, apropriou-se da terra, dos seus frutos, de todos os meios de produção e dos seus resultados.

Criou a desigualdade.

Potente e prepotente, estabeleceu, proclamou, expandiu, defendeu a exploração do semelhante.

E, fazendo prosélitos, o ameaçou e vem ameaçando durante séculos com todas as formas de arbítrio, inclusive utilizando a Justiça e o Direito, caso se rebele.

Foi este dominador, como indivíduo e como classe, por razões dialéticas, quem, também, originou a rebeldia que, mais de uma vez, em meio ao emaranhado das leis que o protegiam, viu o fraco, o dominado, como pessoa e como classe, insurgir-se e procurar estabelecer uma nova Justiça e um Direito novo.

Viu surgir desta inconformidade a semente de Justiça Social para proteger Direito Social.

Nada disto foi de graça.

Nada disto continua sendo de graça.

São conquistas de milênios dos povos.

É a luta social em todo o mundo. Não mais, apenas, com o caráter de classe, ainda, ontem, motivo de todas as revoluções. Porque só esta luta, travada em cada canto da Terra contra toda e qualquer espécie de domínio, exploração, inquisição e tirania faz o Ser Humano acreditar no Amanhã, no Sol que, ainda, vai brilhar para fazer florescerem as mil flores, cuja beleza e cujo perfume jamais serão privilegiados de alguns, se não dádiva para cada Homem.

Falo de uma Justiça Social, pensando em Salomão e nos Macabeus.

A tão louvada justiça salomônica, se sábia, exemplarmente individualista.

Enquanto a dos Macabeus social, visando atender, não postulações pessoais, somente, mas, sim, aquelas de todo o povo.

Esta a por nós perseguida. Entendo o Direito como razão social, não discriminatório, seja qual for o conceito que dele se faça; não abstrato, hermético, personalista, mas vivo, concreto, aberto, dinâmico e moderno; não representando, apenas, o meio de onde emerge, mas frutificando de uma realidade global.



Pois, hoje, mais do que em qualquer época, ligados pelos meios de comunicação e de uma experiência, impeditiva de enganos, por cima das ideologias, os homens começam e precisam encontrar-se, unindo-se, na certeza da possibilidade de realização de ideal comum contra o qual serão impotentes as forças dos pretendentes à dominação do mundo e à subjugação e exploração.

O Homem volta a ser a esperança do Homem, não mais o seu lobo.

Os que aplaudiram Sandino, lastimaram a morte de Mao, se indignaram com os atentados a João Paulo II, Sadat e Reagan, se solidarizaram com Walecha, lutaram e lutam para salvar a Natureza através da ecologia, o fizeram independentemente de matizes ideológicos.

É o mundo convergindo para o exercício da Justiça plena e da realização total do Direito, com propósitos nitidamente sociais, expurgando privilégios de minorias e ampliando o interesse do geral. Uma nova concepção, impondo regras a serem observadas por todos, indiferentemente, às suas posições na sociedade, mesmo conquistadas, ontem, em ações revolucionárias para a época.

Na aparência isto é um mito, uma utopia.

E podemos argumentar, pessimistas, com o episódio do Messias, abandonado pelo Povo, traído, negado e duvidado pelos discípulos.

Entretanto, poderíamos contestar, arrazoando que, mais do que nunca, há, em toda a parte, os que lutam pela liberdade, igualdade e pela fraternidade, como valores de permanente atualidade; pela pureza do meio ambiente e contra a hecatombe nuclear; às claras ou clandestinamente contra os regimes despóticos, o domínio econômico multinacional, as sedimentações políticas, as estratificações jurídicas.

E se dão as mãos, solidárias, em torno à aspiração maior de tornar feliz a Humanidade.

Desçamos à terra. Sejamos realistas.

Mas o sonho não acabou.

Para logarmos tal desiderato, por bastante tempo, ainda, se imporão as leis.

Não aprendemos, suficientemente, a respeitar, com espontaneidade, o Direito. Qualquer Direito. Nem a força das nossas emoções, o poder indisciplinados nossos algoritmos.

E as normas têm de coagir, infelizmente, através de um dos poderes do Estado.

O Direito Social, dirigido ao indivíduo socializado, ao Ser não mais isolado, alienado, ausente e alheio ao grupo dominante e privilegiado, sofreu e sofre restrições, e, até, boicote por parte destas minorias, que se têm eleitas e a quem nenhuma força parece poder alcançar.

Sabemos o quão difícil é atingir estes grupos, poluidores da Economia, da Política, da Justiça e da própria Natureza, no afã de conservar suas prerrogativas, certos da impunidade para os seus atos. Sentem-se acima e além de qualquer lei, de qualquer poder. São eles, próprios, a lei e o poder.

Imaginam-se deuses de um Olimpo multinacional. E são meros escravos dos algoritmos, das nossas reflexões cerebrais independentes.

Forçoso é atingi-los, chamá-los à razão, dar-lhes a dimensão que devem ter, estabelecer-lhes a medida de que são possuidores e merecedores.

O poder econômico, político e jurídico não pode fugir à equitatividade. Esta se sobrepõe a ela. Independentemente.

Os que o manejam são tão iguais quanto o resto da Humanidade. Ou, pelo menos, terão de sê-lo.



E, por este modo, têm de submeter-se à Justiça e ao Direito Social, porque não discriminam, mas, antes, procuram atingir a grande massa dos deserdados, daqueles a quem a fortuna não encontrou ou foi sonogada, ou quais, no anonimato das suas vidas, sem brilhos, nem luzes, curtem a proposta bíblica, ganhando o seu pão e, por imposição, aos milhões, com o suor dos seus rostos, numa inversa distribuição e fruição da riqueza.

Faz-se preciso uma Justiça Social para que o Direito equitativo, mais justo e perfeito, sem deformações, a todos atinja, consolidando uma Sociedade em que prevaleçam a sabedoria, a força, sem violência, e a beleza, de cuja harmonia resulte a felicidade do Ser Humano.

Reconhecemos sermos imperfeitos e por mais buscarmos – pessoal ou coletivamente – atingir a semelhança do que se entende por Criador, sentimos o imperativo da força de algo, capaz de nos conduzir e aproximar do que se nos represente a perfeição.

É isto é a lei, o direito escrito, cujos objetivos – damo-nos conta, procura sempre ser farseado.

As minorias privilegiadas, extremamente infensas às mudanças evolutivas ou revolucionárias, aprenderam com rapidez a perder os anéis e a ficar com os dedos.

E, por esta aprendizagem, na elaboração das leis, na interpretação do Direito e na Justiça. Os que vão cedendo, tanto quanto os que vão mantendo, deixam os anéis escorrerem dos dedos, mas não perdem estes, com os quais podem reconquistar aqueles.

É a Justiça Social do nosso tempo. O Direito Social dos nossos dias. Sobre ambos há que se concluir:

Para o seu processo de realização terá de conquistar o povo em primeiro, com sua força consciente, um Estado Democrático, de fato e de direito, onde todos os segmentos da Sociedade, através das suas entidades de classe e categorias, participem, de maneira igual, na codificação das leis magnas, substantivas e adjetivas; forneçam, obrigatoriamente, os subsídios para o Congresso Nacional, representando-os com legitimidade, as votar e aprovar, excluídos os códigos rígidos em que as razões de decidir não o sejam à base de valores econômico/monetários, mas dos fins sociais a que se propõe uma Justiça, que urge ser dinâmica, atualizada, moderna, independente de custas e, na qual, as postulações, os patrocínios das causas, sejam privativos dos advogados e em que os juízes, togados e classistas, sejam concursados, mas principalmente eleitos, para maior garantia dos interesses e direitos das partes, cujo equilíbrio não pode ser violado, pena de se frustrarem todas as aspirações deste processo.



A CESSÃO DE CRÉDITO E O SUPERENDIVIDAMENTO EMPRESARIAL E SOCIAL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO COVID19

Albano Francisco Schmidt¹
Robson Oliveira²

Resumo: O presente artigo teve como objetivo demonstrar os principais conceitos da cessão de crédito e as consequências do superendividamento para a sociedade e população brasileira. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. A Cessão de Crédito consiste em transmitir uma obrigação e é feita, via de regra, através do negócio jurídico bilateral, seja gratuito ou a título oneroso, por meio deste o credor, chamado cedente transfere, de maneira total, ou parcial, o seu crédito para uma terceira pessoa chamada de cessionário, sendo mantida a mesma obrigação já existente para com o devedor chamado de cedido. No Brasil, a cessão de crédito pelo sistema bancário teve grande impulso devido a estabilização da economia resultante do Plano Real. Com a expansão do crédito na atualidade ocorre o fenômeno do superendividamento. O superendividamento consiste no descontrole financeiro do indivíduo devedor de boa-fé que não é capaz de pagar as dívidas sem comprometer sua própria subsistência. O superendividamento surge ainda com mais força com a chegada da pandemia no mundo e no Brasil, justamente em um momento em que a maioria dos governos tinha pouca margem para aumento dos seus gastos. Empréstimos bancários e concessões de créditos na ordem de bilhões de reais estão sendo liberados pelo governo federal na tentativa de salvar as pequenas e médias empresas, o que acarretará um superendividamento não somente para os empresários, mas também para toda a sociedade.

Palavras-chave: Cessão de crédito. Endividamento. Atividade Econômica. Pandemia.

INTRODUÇÃO³

A Cessão de Crédito consiste em transmitir uma obrigação e é feita, via de regra, através do negócio jurídico bilateral, seja gratuito ou a título oneroso, por meio deste o credor chamado cedente transfere, de maneira total ou parcial, o seu crédito para uma terceira pessoa chamada de cessionário, sendo mantida a mesma obrigação já existente para com o devedor chamado de cedido (COSTA; MONELASCU, 2016).

Em termos gerais a base da cessão de crédito é o contrato, mas ainda pode acontecer através de testamento por exemplo, ou seja, por meio do negócio jurídico unilateral. Os pensadores jusnaturalistas passaram a reconhecer o crédito como sendo parte do patrimônio do indivíduo credor e isso permitiu a sustentação teórica para a cessão de créditos que se estabeleceu e hoje é passível de circulação assim como os outros bens que estão ao seu lado (MENEZES, 2006).

Assim o entendimento jusnaturalista afirma que o direito de crédito forma analogicamente à propriedade sobre os bens tangíveis um elemento do patrimônio do credor, que pode ser transmitido como qualquer outro bem. Esse entendimento de que o crédito é um elemento que integra o patrimônio do indivíduo torna possível o suporte necessário para justificar a livre credibilidade (LEONARD).

Sobre o papel do crédito na sociedade e na economia Costa e Manolescu (2016, p. 612) afirmam que:

1. Professor Mestre do curso de Direito da UNISOCIESC. Doutorando no programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade da UNIVILLE. Advogado. E-mail para contato: albano@arsadvogados.adv.br.

2. Acadêmico do curso de Direito da UNISOCIESC.

3. Os autores agradecem o suporte imprescindível da CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior para os estudos realizados no presente artigo. Investir em educação e pesquisa é, em primeira e última análise, investir no futuro do Brasil.



O crédito tem importante papel no processo de acumulação de capital, isto é, transformador financeiro de diversas modalidades, prazos e níveis de risco, sendo essencial no funcionamento dos setores produtivos e também às famílias, portanto os dados financeiros funcionam como um indicador da trajetória futura de crescimento do PIB, influenciando diretamente o nível de poupança das economias. O Brasil é um país capitalista sem capital, se o nosso sistema econômico é baseado na propriedade privada dos meios de produção, usado com fins lucrativos, então é essencial que o sistema financeiro passe a conceder mais créditos, ou seja, é preciso que o crédito seja mais seriamente entendido como um verdadeiro indutor do desenvolvimento. Não estamos dizendo que o setor financeiro (crédito) será aquele que irá liderar o crescimento, mas é um sistema desenvolvido que estimula o crescimento econômico convertendo e disponibilizando recursos.

O crédito ser concedido aos indivíduos através de contrato bilateral é, portanto, de grande importância para a economia capitalista, uma vez que permite a realização de investimentos em vários ramos da sociedade. Isto quer dizer que o crédito tem papel de ser componente essencial do sistema capitalista, uma vez que são as mudanças no investimento que modificam a renda (WERNER, 2016).

A partir disso o crédito em todas as suas modalidades consiste em um elemento fundamental de desenvolvimento econômico. Isto porque traz consigo a capacidade de inovar o ciclo econômico, ao possibilitar a aquisição de forças produtivas fundamentais para produzir bens e serviços, ou seja, uma ferramenta essencial ao capitalismo e a manutenção da sociedade (CHINELATO, *et al.*, 2015).

1. ELEMENTOS DA CESSÃO DE CRÉDITO

A cessão de crédito possui elementos indispensáveis à sua concretização. Prevista nos artigos 286 a 298 do Código Civil. Existe a sucessão no polo ativo, isto é, muda-se o credor, todavia é mantida a relação jurídica. Quanto ao prazo prescricional e os juros, estes permanecem fluindo normalmente, bem como as garantias continuam intactas (BRASIL, 2002).

É importante esclarecer os sujeitos envolvidos na cessão de crédito. O cedente é o credor originário, o cessionário consiste naquele que é o novo credor e o cedido é aquele que deve o crédito, ou seja, o devedor. Em termos técnicos o crédito é o elemento que é cedido. Essa cessão de crédito pode ser a título gratuito ou oneroso. Como exemplo de cessão de crédito onerosa tem-se o contrato de crédito bancário e o factoring (WERNER, 2016).

A cessão de crédito é ainda um ato de alienação, assim exige-se que o cedente possua capacidade, bem como a titularidade do crédito. Se não houver essa capacidade e titularidade ocorreria uma cessão a *non domino*, ou seja, ninguém pode transferir mais direitos do que possui. No mais, ainda existem condições legais que impedem a compra e venda, as quais o Código Civil Brasileiro de maneira expressa estende à cessão de crédito (BRASIL, 2002).

Outro aspecto do crédito é que este deve estar disponível, assim não existe a possibilidade da cessão do crédito penhorado. Todavia, é possível que o crédito litigioso seja cedido por meio da celebração de um contrato aleatório, contanto que os contratantes respeitem o dever de informação (BRASIL, 2002).

Geralmente todos os tipos de créditos podem ser cedidos, porém existem fatores que impedem a cessão, esses fatores são a natureza da obrigação, a lei e a convenção. A respeito do contrato na cessão de crédito, este tem por função tornar viável a vinculação das partes envolvidas dentro dos termos por elas estabelecidos, dando origem assim aos



deveres prestacionais, dentre estes estará a promessa de transferência do crédito (WERNER, 2016).

Sobre o contrato na cessão de crédito Simões (2011, p. 40) destaca:

O contrato dispositivo, por seu turno, tem a função de adimplemento do contrato-base e de efetuar a efetiva transmissão do crédito. Finalmente, a função da operação é realizar a transmissão do crédito de um patrimônio a outro, nos termos planejados pelas partes em sua programação contratual. Importante sublinhar que, à função básica de transmissão do crédito (sua circulação, *lato sensu*), o desenvolvimento da economia e o enriquecimento das práticas empresariais possibilitou (demandou, na verdade) a agregação de outras funções específicas à operação de cessão, que se verificam no contexto de operações especiais, como, por exemplo, a função de garantia e a função de financiamento.

Importante é enfatizar que a cessão transfere as vantagens, mas também os vícios. Conforme a legislação o cessionário terá que respeitar todo elemento de eficácia imposto à produção de efeitos, como uma condição suspensiva ou a termo. O art. 286 do Código Civil dispõe da seguinte forma (BRASIL, 2002):

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Segundo o Código Civil a cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que, o cedido não é parte na cessão de crédito e para que a cessão tenha validade, deve ocorrer a observância dos fatores acordados entre cedente e cessionário. Ainda, a cessão de crédito deve respeitar a forma do instrumento público ou particular para que assim possa produzir seus efeitos diante de terceiros. A cessão ainda é ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades (RIBEIRO; SCHIOZER, 2014).

2. ASPECTOS LEGAIS DO CRÉDITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade é conceituada como uma obrigação que pode impor a alguém o dever de reparar os danos causados à outras pessoas. Esses danos podem ter origem em fato próprio, ou mesmo em fato de terceiros, se tratando da responsabilidade civil, a pessoa causadora do ato ilícito deve reparar o dano material que gerou para alguém (STOCCO, 2007).

O art. 927 do Código Civil dispõe da seguinte maneira: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ao se falar em responsabilidade objetiva não há necessidade de existir a culpa para a obrigação de reparar o dano, mas tão somente o prejuízo causado, nos casos estabelecidos pela lei (WERNER, 2016).

Sobre a responsabilidade no instituto da cessão de crédito Menezes (2013, p. 5):

A doutrina vem interpretando esse dispositivo no sentido de permitir a referida convenção de responsabilidade tanto nas cessões onerosas, como nas gratuitas, sem admitir, entretanto, a estipulação de renúncia ao benefício de ordem do cedente, razão pela qual o último não poderá ser demandado antes de caracterizada a dita insolvência ou falência (i.e., declarada por sentença judicial).



Nessa hipótese, a responsabilidade do cedente, ainda que expressamente convencionada, não se refere ao adimplemento da obrigação de pagar o valor do crédito, cujo risco se presume tenha sido assumido pelo cessionário à vista da análise da capacidade de pagamentos do devedor originário (ou seja, o risco de crédito permanece respeitante ao devedor originário). Caso o cessionário decida adquirir crédito de significativo risco, supõe-se que o preço da cessão seja bem inferior ao valor nominal do crédito, considerando as reais chances de inadimplemento pelo devedor originário. Nessa eventualidade, em sendo o devedor declarado insolvente ou falido, o cessionário apenas poderá exigir do cedente o valor correspondente ao preço de aquisição do crédito, pago pelo primeiro ao segundo, além de juros e despesas incorridas pelo cessionário para a cobrança do crédito contra o devedor originário.

Destaca-se que, a responsabilidade do cedente referente a existência do crédito não se confunde com a responsabilidade pela insolvência do devedor. Uma vez que a responsabilidade pela existência é elemento legal indispensável, responde pelas perdas e danos caso o cedente aja de maneira culposa na cessão de crédito a título oneroso, e de modo doloso a título de crédito gratuito (WERNER, 2016).

3. O SUPERENDIVIDAMENTO

No Brasil, a cessão de crédito pelo sistema bancário teve grande impulso devido a estabilização da economia resultante do Plano Real. O controle da inflação possibilitou o estabelecimento “de um mercado de crédito para investimentos com perfil de financiamento de prazos mais longos. Ocorrendo relevantes transformações institucionais, a partir do ano 2000 (MENEZES, 2013).

Ribeiro e Schiozer (2014, p. 522) explicam a expansão da cessão de crédito no mundo da seguinte maneira:

Cessão de crédito é a venda de participação ou da totalidade de um empréstimo originado por um agente financeiro. Ao explicarem os motivos para a expansão do mercado de cessões, Gorton & Pennacchi (1995) afirmam que um banco pode financiar seus empréstimos internamente, por meio de depósitos, ou por meio de recursos obtidos com a venda de sua carteira. O fato de não ter sido registrada quantidade relevante de cessões até o final da década de 1970 sugere que os custos internos de financiamento eram inferiores aos custos de financiamento da venda de carteira. A elevação na concorrência quanto aos depósitos gera, entretanto, um aumento nos custos de financiamento interno de determinados bancos, podendo resultar na elevação das cessões. A cessão de crédito permite que alguns bancos se financiem a um custo menor em comparação a depósitos tradicionais ou emissão de ações, pois os recursos oriundos das cessões podem evitar custos associados aos depósitos compulsórios e exigibilidade de capital pelo regulador.

Mendonça (2013) ainda destaca que as condições mais adequadas para a expansão de tais atividades, como ocorreu no setor imobiliário, possibilitaram o acesso ao crédito para pessoas físicas, o que em conjunto com a diminuição da taxa básica de juros tornou possível grandes transformações no perfil do crédito bancário brasileiro (MENEZES, 2013).

Uma figura importante que ganhou força com a expansão da cessão do crédito bancário é o *factoring*, que segundo as palavras de Simões (2011, p. 48):

O *factoring* é uma operação que, no direito brasileiro, se presta ao financiamento de empresas, a partir da utilização do mecanismo da cessão de crédito. Um empresário ou sociedade empresária cede, por vezes em massa, os seus créditos,



eventualmente também futuros à empresa de *factoring*. O correspondente financeiro de tal cessão, o preço, vem calculado já com a dedução do valor das despesas de cobrança, de uma *comissão*, do risco ligado à insolvência do devedor, etc. Pode ser a cessão, núcleo da operação, com ou sem garantia da solvência do devedor. Se a cessão é *pro solvendo*, há o poder de regresso da empresa de *factoring* contra o cedente; se é *pro soluto*, não existe tal poder (e, nesse caso, o mecanismo da cessão, *inserto no factoring*, adquire mais uma função especial, além da de financiamento: a função de *segurança* em relação ao empresário ou sociedade empresária cedente.

Como dito, a partir dos anos 2000 os empréstimos “concedidos à pessoa física superaram os concedidos à indústria, subindo, nesse período, mais que o dobro do que os direcionados à produção industrial: 372,72% contra 155,95%.” Esse acontecimento teve forte influência do crescimento da quantidade de bancos populares que passaram a ofertar crédito consignado à indivíduos de baixa renda por exemplo, privilegiando os funcionários públicos, aposentados e pensionistas que representam o risco baixo de inadimplência (CHINELATO, *et al.*, 2015, p. 165).

Outro fato a ser destacado pelos autores é que “no período entre janeiro de 2003 e dezembro de 2008 houve aumento em termos percentuais da participação do consumo final das famílias no PIB.” Lembrando que o percentual que se encontrava abaixo de zero em 2003 alcançou o valor de 3,7% do PIB em 2007 e 4,2% em 2010. “A crise estadunidense em 2008 desacelerou o crescimento do crédito e reduziu o consumo, que teve picos estimulados por ações do governo, contribuindo para a sustentação da atividade econômica.” (CHINELATO, 2015, p. 165).

3.1 O Superendividamento em Tempos de Pandemia

Com a expansão do crédito na atualidade ocorre o fenômeno do superendividamento. O superendividamento consiste no descontrole financeiro do indivíduo devedor de boa-fé que não é capaz de pagar as dívidas sem comprometer sua própria subsistência. Como já mencionado, a principal razão do superendividamento é a expansão e larga oferta de crédito sem que as pessoas tenham uma educação financeira adequada (RIBEIRO; SCHIOZER, 2014).

A oferta de cartões de crédito, crédito consignado e empréstimo bancário endividou as classes de pessoas como idosos, aposentados, pensionistas, funcionários públicos, pequenos e médios empresários. Houve adesão em massa dessas pessoas (CHINELATO, *et al.*, 2015).

Sobre a nocividade do superendividamento, tanto para a população endividada quanto para a sociedade é citada por Leite (2015, p. 153):

Ademais, o superendividamento em razão da má concessão de crédito pelas instituições financeiras é situação prejudicial à própria ordem econômica e social, valor consagrado constitucionalmente. Configura-se como prática abusiva e não deve ser tolerada pelo operador do Direito. Como destacado acima, os deveres anexos de proteção, lealdade e cooperação decorrem do corolário da boa-fé objetiva, razão pela qual as partes devem zelar, desde a fase pré-contratual e, até mesmo, nos momentos posteriores à celebração e ao cumprimento do negócio jurídico. Os valores necessários à subsistência mínima do devedor e da sua família, evidentemente, não podem ser integralmente sacrificados para que se privilegie o pagamento imediato de financiamento, seja por meio de empréstimos consignados ou pela emissão de cheques para pagamento mensal do débito, pois se tratam de práticas assemelhadas, que atraem a mesma razão de decidir.



O superendividamento ganha mais força com a chegada da pandemia no mundo e no Brasil, justamente em um momento em que a maioria dos governos tinha pouca margem para aumento dos seus gastos.

No Brasil, o governo federal já estava governando com déficits primários e um endividamento da ordem de 76% do PIB (BRANT, 2020). O foco desta gestão econômica visava a redução dos gastos e a liberação de valores na ordem de bilhões de reais para empréstimos, principalmente concedidos à pequenos e médio empresários. Com mais despesas e menos receitas em todos os níveis de governo, nasce assim mais um período de superendividamento tanto da população quanto do próprio governo, e no final essa conta será paga pela população através de impostos e tributos. Neste sentido, destaca Brant (2020, p. 1) em sua análise publicada no jornal O Estado de Minas:

No fim da pandemia, com certeza o Estado brasileiro estará superendividado e com déficits enormes. Será preciso retornar a níveis mais normais de equilíbrio, ou seja, menos emprego público, salários congelados e oferta crítica de serviços. A não ser que a sociedade venha aceitar um Estado muito maior, com mais impostos e menos espaço para o setor privado. A maioria das médias e pequenas empresas não vai sobreviver se a crise durar muito tempo, que é a hipótese mais provável. Os remédios à sua disposição podem alongar sua agonia, mas são insuficientes para assegurar a sua plena existência, pois sem faturamento e sem recursos de caixa, essas empresas não vão manter os empregos indefinidamente nem terão acesso ao sistema bancário privado.

Brant (2020) ainda destaca que “das empresas maiores, algumas também deixarão de existir, enquanto as mais sólidas e voltadas para mercados menos voláteis sobreviverão, mas terão que se submeter a ajustes” como por exemplo as empresas de tecnologias que diminuem mão de obra e encurtam cadeias de suprimento.

Os governos, reguladores e organizações internacionais, como reação à pandemia, propuseram pacotes de medidas jurídicas, econômicas e financeiras. Ainda que as previsões sobre o futuro da economia sejam incertas por agora, espera-se o agravamento do índice de endividamento dos brasileiros nos próximos meses. Principalmente caso não sejam adotadas as medidas mais adequadas para o controle dos impactos da crise (DALEFFI; NUNES; TRECENTI, 2020), uma vez que a

pandemia de Covid 19, além de acarretar o colapso nos sistemas de saúde de diversos países, tem trazido diversos efeitos colaterais derivados da crise econômica a ela associada. No Brasil, infelizmente, a situação não é distinta e já mergulhamos em recessão econômica, com o conseqüente incremento do já alto índice de desemprego. O cenário tende, inexoravelmente, a deteriorar ou, em um número cada vez mais intenso de casos, inviabilizar a capacidade dos consumidores quitarem as suas dívidas em razão da perda de renda ocasionará por um evento absolutamente imprevisível. E se o consumo das famílias é responsável por 65% do PIB da economia brasileira (algo em torno de 4,5 trilhões de reais!), é preciso agir rápido para assegurar um mercado de consumo saudável no pós-pandemia causada pela Covid-19 (MARQUES; PFEIFFER, 2020).

Pesquisa publicada em março de 2020 pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, verificou que 66,2% das famílias brasileiras estão endividadas. Isso significa o maior percentual mensal já visto na história da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, iniciada em 2010 (PORTO; SILVA, 2020).

A pandemia da Covid-19 contribui para aumentar não apenas o nível do endividamento das famílias nos próximos meses, porém ainda contribui e muito, para o



aumento da inadimplência dessas dívidas. Conforme dados da CNC, o percentual de famílias com dívidas ou contas atrasadas atingiu a marca de 25,3% em março, contra 24,1% em fevereiro (PORTO; SILVA, 2020). Sobre o tema Marques e Pfeiffer (2020, p. 2) destacam em sua análise:

A realidade é ainda mais dramática ao se verificar que o endividamento das famílias brasileiras já vinha experimentando uma efetiva ascensão e alcançou o recorde histórico ao atingir o percentual de 66,6% em abril de 2020, segundo a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), elaborada pela Confederação Nacional do Comércio. O nível de inadimplemento por seu turno alcançou o patamar de 25,9%, o mesmo de março do corrente ano, mas superior ao de abril de 2019, que foi de 23,3%. Antes da Pandemia causada pela Covid-19, o Idec estimava que destes, cerca de 30 milhões de pessoas seriam superendividados.

Referente à capacidade dessas famílias pagar as contas, constatou-se que a parcela média da renda afetada pelas dívidas atingiu o patamar de 30% da renda, o que girava em torno de 29,7% em fevereiro. A principal fonte de dívidas dos brasileiros é o cartão de crédito, o que representa a principal dívida para 78,4% dos endividados, em segundo lugar estão os carnês, dívidas de 16,2% da população endividada e em terceiro lugar está o financiamento de carros, representando 10,3% (PORTO; SILVA, 2020).

Uma das consequências deste cenário de crescimento da inadimplência para a população brasileira, além do risco dos empréstimos, é o fato de que os juros finais tendem a aumentar, prejudicando ainda mais os tomadores de crédito, o que resulta no comprometimento ainda maior da renda. No decorrer de uma crise como essa é importante assegurar a liquidez das instituições financeiras para que estas sejam capazes de garantir o empréstimo e a renegociações das dívidas dos indivíduos e empresas atingidos pela pandemia (PORTO; SILVA, 2020). Ademais,

há tendência de aumento do nível de endividamento, pois uma das medidas tomadas foi justamente o aumento da liquidez dos bancos para que fosse possível aumentar empréstimos e conceder suspensões temporárias de pagamentos de determinados contratos de mútuos. Segundo o Instituto 'Locomotiva', 91 milhões de brasileiros deixaram de pagar pelo menos uma conta em abril de 2020 (MARQUES; PFEIFFER, 2020, p. 2).

O Banco Central do Brasil (BCB), com o objetivo de enfrentar a crise adotou medidas, que visam também a manutenção da funcionalidade dos mercados, dentre tais medidas destacam-se “a redução de certos parâmetros de capital exigidos das instituições financeiras, com o intuito de expandir a capacidade dessas instituições de renegociarem operações de crédito e manter o fluxo de concessão de novas operações”, a autorização para adquirir, “apenas no mercado primário, de letras financeiras emitidas por instituições financeiras com garantias de ativos financeiros e valores mobiliários,” bem como a flexibilização das normas de provisionamento (PORTO; SILVA, 2020), uma vez que

os “acidentes de vida” mais comuns que motivam o superendividamento são doenças, redução de renda e desemprego. A atual crise combina as duas causas e assim há a potencialização do risco de que haja um substancial aumento do superendividamento, principalmente tendo em vista que a crise econômica tende a ser mais duradoura do que a crise sanitária. Portanto, o país tem que estar preparado para lidar com o aumento do superendividamento. E infelizmente não está, ao contrário do que ocorre com os Estados Unidos e a Europa, justamente



as duas regiões mais afetadas pelo Coronavírus (MARQUES; PFEIFFER, 2020, p. 2).

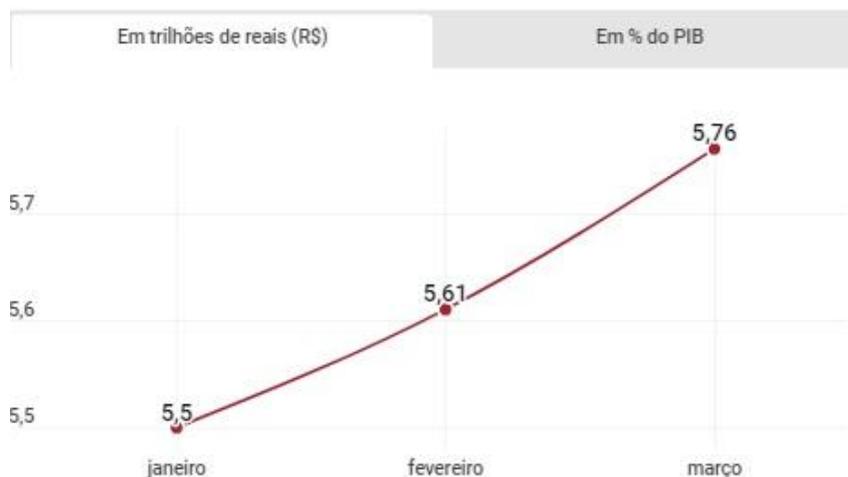
As medidas que as instituições financeiras passaram a adotar também são importantes para enfrentar os impactos econômicos da pandemia. Neste contexto, a Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) noticiou que os bancos como o Banco do Brasil, Bradesco, Caixa, Itaú Unibanco e Santander tem comprometimento de atender aos pedidos de prorrogar o vencimento das dívidas por 60 dias. Referente às dívidas de “empréstimo pessoal, crédito imobiliário, crédito com garantia de imóveis e financiamento de veículos de clientes pessoas físicas e micro e pequenas empresas”, bem como para os contratos em vigência que estão em dia e restritos aos valores que já foram utilizados pelos consumidores (PORTO; SILVA, 2020). A necessidade de lidar com o superendividamento

não reverte exclusivamente em benefício do consumidor. Muito pelo contrário, os credores também são beneficiados se a lei for bem concebida. Sem a lei e o consequente plano de pagamento dos débitos, há o sério risco de diversos credores (os com menores garantias) ou até mesmo a totalidade deles (tendo em vista que muitas vezes são credores sem garantia) nada receberem. Ademais, restrições acessórias possuem um efeito devastador para a retomada da viabilidade econômica do consumidor. Pensemos na principal delas, a inscrição em cadastros de proteção ao crédito. A negativação importa em dificuldades efetivas para conseguir um emprego (já que normalmente as empresas consultam os cadastros antes da contratação e nada indica, muito pelo contrário, que deixarão de dar preferência a contratação de pessoas não negativadas (MARQUES; PFEIFFER, 2020, p. 2).

Ainda que essas medidas tenham relevância para diminuir os impactos da pandemia na questão das dívidas da população brasileira, essas medidas não contemplam as dívidas de cheque especial e cartão de crédito. Indubitavelmente deve-se levar em conta a prorrogação de prazo e renegociação de empréstimos pessoais, de financiamento imobiliário e de veículos. É de grande importância para a diminuição dos impactos da pandemia, porém os tipos de cartão de crédito e cheque especial representam as despesas ordinárias de toda a família, e a falta de possibilidade de pagamento ou prorrogação de prazo pode também resultar no superendividamento da população (PORTO; SILVA, 2020). Sobre essa situação, é ilustrativo o gráfico que segue:



Gráfico 01 - Dívida pública bruta dos governos ao longo de 2020.



Fonte: Revista Época, 2020.

A Caixa Econômica Federal divulgou que procederá com a redução dos juros, definidos em 2,9% ao mês, para o rotativo do cartão de crédito e estenderá os prazos para os pagamentos, muito embora não haja a implementação de tais medidas.

O Nubank também divulgou que reduzirá a taxa de juros do parcelamento de seus cartões de crédito para 1,9% ao mês, com disponibilidade para os clientes adimplentes. E ainda foi estendido o prazo para pagamento do empréstimo pessoal por até 60 dias com a taxa de juros igual, não havendo a cobrança de multa nem do Imposto sobre Operações Financeiras (PORTO; SILVA, 2020).

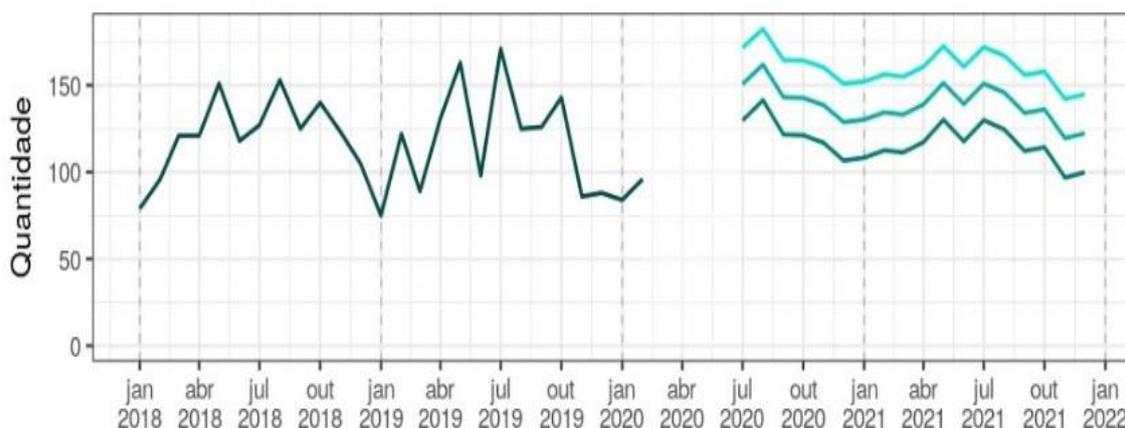
Cabe destacar que as dívidas de cartão de crédito são o principal tipo de dívida dos brasileiros, além do que esse é também o crédito mais caro do país. É estimado que anualmente a média da taxa de juros do rotativo do cartão de crédito, que é aplicada quando se paga o mínimo da fatura do cartão, seja de cerca de 300%, ao passo que a média por ano da taxa de juros do parcelamento da fatura do cartão de crédito é de 175,2% (PORTO; SILVA, 2020).

Sendo assim, levando-se em conta a importância do cartão de crédito bem como do cheque especial para a população brasileira, as elevadas taxas de juros adotadas pelo mercado bem como o impacto da Covid-19 para o endividamento dos brasileiros, tanto o BCB quanto as instituições financeiras precisam praticar medidas que enderecem de modo apropriado esses tipos de crédito (PORTO; SILVA, 2020).

Os resultados apresentados no gráfico 02, que segue abaixo, mostram o cenário atual de queda do PIB, bem como os pedidos de falências resultantes do endividamento e a queda de faturamento resultantes da pandemia. Os dados mostram que haverá ainda um impacto relevante, com 2155 pedidos de falência em 2020, sendo esta previsão dentro do cenário de retração muito pessimista. Já no cenário somente pessimista, haverá em torno de 1899 pedidos de falência. Em razão das flutuações históricas, os dados sugerem que caso o crescimento do PIB for zero, ainda haverá 1.642 pedidos (DALEFFI; NUNES; TRECENTI, 2020), como se denota do gráfico que segue:



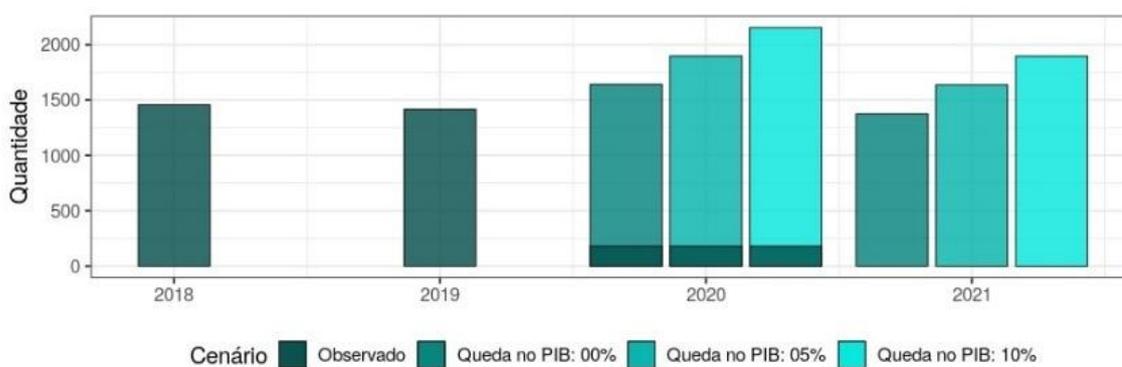
Gráfico 02 – Falências requeridas durante a pandemia de 2020 e projeções futuras.



Fonte: Daleffi; Nunes; Trecenti, 2020.

O gráfico 03 apresenta as estimativas reunidas para os anos de 2020 e 2021, levando em conta os distintos cenários e, no ano de 2020, as ocorrências que já foram identificadas. Assim também foram adicionadas as previsões de março a junho de 2020 na contagem, uma vez que se acredita que, em algum momento, os casos ainda não gerados se manifestariam (DALEFFI; NUNES; TRECENTI, 2020):

Gráfico 03 – Estimativas agregadas para os anos de 2020 e 2021, considerando os diferentes cenários e, no ano de 2020.



Fonte: Daleffi; Nunes; Trecenti, 2020.

Cabe ressaltar que se de alguma forma o BCB precisa agir para assegurar a liquidez das instituições financeiras bem como a estabilidade econômica perante o cenário de pandemia, as instituições financeiras ainda precisam levar em conta os tipos “de cartão de crédito e de cheque especial nos pedidos de prorrogação dos vencimentos de dívidas de clientes pessoas físicas e micro e pequenas empresas”. Ainda devem considerar a promoção de condições de parcelamento mais benéficas, visando evitar um endividamento ainda maior da população (PORTO; SILVA, 2020).

Assim, Marques e Pfeiffer (2020, p. 2) destacam que contra o endividamento da população, no âmbito do Projeto de Lei nº 3515/2015, existem três âmbitos de proteção efetivada, estes são as normas de natureza preventiva, repressiva e de tratamento. Assim são uma vacina e tratamento, repressiva e de cura do superendividamento da população



brasileira, que não se enquadram nas possibilidades da falência ou recuperação extrajudicial.

Por fim, conforme o consumidor não consegue um emprego, cresce de modo exponencial o obstáculo não somente para pagar a dívida, como também para o consumo do mínimo existencial. Deste modo o superendividamento atinge não somente o consumidor e sua família, com grandes privações do básico para sobreviver, abalos emocionais, como também aos credores e a economia de um modo geral, uma vez que o aumento do nível de consumo é fundamental para a retomada da economia, o que não é possível para uma pessoa superendividada.

CONCLUSÃO

A cessão de crédito consiste em transmitir uma obrigação e é feita via de regra por meio de contrato. A expansão do crédito ganhou força a partir dos anos 2000 com a oferta de empréstimos e cartões de crédito para aposentados, pensionistas, funcionários públicos, pequenos e médios empresários. E com essa expansão do crédito surgiu a figura do superendividamento causando prejuízos aos indivíduos, durante os últimos 20 anos e, mais recentemente, também as empresas.

Talvez seja necessária uma educação financeira direcionada a população bem como um melhor planejamento para a concessão de empréstimos e crédito por parte dos bancos e demais instituições do Estado. Nessa seara, a título de continuidade das pesquisas, é importante também um papel mais presente do SEBRAE e de todo o “Sistema S” nesse cenário de pandemia, uma vez que as micro e pequenas empresas são as mais prontamente afetadas pelas turbulências econômico-sociais. Um realinhamento empresarial e pessoal do crédito desponta como desafio inarredável nessa nova década que se inicia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil. Lei n^o 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.**

BRANT, Roberto. **Como será o futuro depois desta crise provocada pelo coronavírus.** 13/04/2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/colunistas/roberto-brant/2020/04/13/interna_roberto_brant,1137955/como-sera-o-futuro-depois-desta-crise-provocada-pelo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 22 Abr. 2020.

CHINELATO, Flavia Braga; IVO, Gabriel de Andrade; ZIVIANI, Fabrício. A expansão do crédito no Brasil: uma ferramenta para o desenvolvimento socioeconômico. **Gestão & Regionalidade** - Vol. 32 - N^o 95 - maio-ago/2016.

DALEFFI, Bruno; TRECENTI, Julio; NUNES, Marcelo Guedes. **Como o coronavírus afetará as falências?** O Consumerista. 2020. Disponível em: <<https://www.oconsumerista.com.br/2020/03/como-coronavirus-afetara-falencias/>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

LEITE, Marcello Alvarenga. O Superendividamento do Consumidor de Crédito. Série Aperfeiçoamento de Magistrados. **Curso de Constitucional. Normatividade Jurídica.**



Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_150.pdf>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

MANOLESCU, Erika Alcino Costa; KUSTNER, Friedhilde Maria. A importância do crédito na economia. **VIII Encontro Latino Americano de Iniciação Científica e IV Encontro Latino Americano de Pós-Graduação** – Universidade do Vale do Paraíba.

MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. **Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **Cessão e circulação de crédito no código civil**. 2013. Disponível em: <<https://www.bocater.com.br/wp-content/uploads/2013/10/artigo-2007-04.pdf>>. Acesso em: 23 Abr. 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello; SILVA, Gabriela Borges. Impactos da pandemia da Covid-19 no endividamento no Brasil. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

RIBEIRO, Fernandes; VIEIRA, Fernanda; SCHIOZER, RAFAEL FELIPE. Cessão de crédito e restrição de capital: um estudo com bancos brasileiros. **AE-Revista de Administração de Empresas**. FGV-EAESP. 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rae/v54n5/0034-7590-rae-54-05-0521.pdf>>. Acesso em: 25 Abr. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WERNER, José Guilherme Vasi. **Obrigações e responsabilidade civil**. FGV, 2016. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/obrigacoes_e_responsabilidade_civil_2016-1.pdf>. Acesso em: 18 Abr. 2020



O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CONSTITUCIONALMENTE LEGITIMADO COMO BEM COMUM

Bianca Larissa Dias de Freitas¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo o poder de Polícia Ambiental Federal e suas atribuições, que são conferidas à Administração Pública para que exerça a atividade de fiscalização e proteção do meio ambiente para que este se mantenha sadio e equilibrado. O meio ambiente, enquanto bem comum, tem sido constante alvo de abordagens nas diferentes áreas de conhecimento, e não seria diferente no caso de ciência jurídica seu defensor máximo. É neste cenário que o poder de polícia assegura a manutenção do Meio Ambiente enquanto bem comum. O objetivo geral consiste em analisar o poder de Polícia Ambiental na proteção do meio ambiente constitucionalmente legitimado como bem comum. A abordagem é qualitativa, e método dedutivo. Os resultados demonstram a expressiva importância da proteção jurídica do bem tutelado, pois sem a interferência do legislador, este bem, que é de suma importância para o desenvolvimento humano, corre sérios riscos. É através do poder de polícia que a Administração restringirá os abusos que possam vir a ocorrer, bem como limitará a utilização do Meio Ambiente por parte dos seus súditos. Dessa forma, o poder de Polícia Ambiental Federal é o meio efetivo e legítimo para atuações preventivas, repressivas e educativas, de forma a se garantir o direito coletivo de desfrutar de um ambiente sadio e equilibrado.

Palavras-Chave: Poder de polícia ambiental. Meio ambiente. Bem comum.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal inovou ao trazer em seu conteúdo normativo a tutela do Meio Ambiente equilibrado. Portanto, em seu Artigo 225, o texto constitucional é claro ao dizer que toda pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira, tem o direito de usufruir de um Meio Ambiente saudável. Para que seja respeitada essa máxima, a normativa constitucional define como sendo obrigação do Estado e de cada indivíduo a proteção do Meio Ambiente.

Para manter uma vida sadia faz-se necessário um ambiente propício para o desenvolvimento humano, bem como o desenvolvimento social e o crescimento econômico. Dessa forma se deixará para as futuras gerações um ambiente natural preservado.

Segundo Fiorillo (2004), a Constituição de 1988, abarca em sua norma a quem se destina o direito de uso do Meio Ambiente pautado em princípios fundamentais, deixando evidente e claro que são as pessoas humanas, aquelas que detêm tal direito, assim como explicitado no Artigo 5.º da CF/88.

O meio ambiente, enquanto bem comum, tem sido constante alvo de abordagens nas diferentes áreas de conhecimento, e não seria diferente no caso de ciência jurídica, seu defensor máximo. É neste cenário que o poder de polícia assegura a manutenção do Meio Ambiente enquanto bem comum.

Deste modo, há que se reconhecer a importância do poder de polícia na proteção do meio ambiente, constitucionalmente legitimado como bem comum, sua atuação na guarda e fiscalização de um bem jurídico tão essencial à existência humana.

Na visão de Antunes (2006), o poder de polícia exercido pela Administração Pública visa assegurar direitos inerentes e fundamentais à existência do homem. Por isso, o bem tutelado não poderá ser tratado individualmente, pois é de uso coletivo.

Visando a tutela do bem jurídico, a Administração Pública dotada de força e poder, definiu como responsável pela fiscalização e cumprimento da lei, aqueles investidos pelo

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: biancalarissadias@hotmail.com.



poder de polícia. Estes devem agir pautados na Lei, usando da sua discricionariedade para efetivar medidas que tragam como benefício à preservação ambiental. O bem jurídico tutelado é fonte de recursos para a vida humana saudável, impactando profundamente no crescimento econômico e social que é fator determinante para o equilíbrio de uma sociedade saudável.

Conforme a sociedade avançou em seu desenvolvimento tecnológico e industrial pouco se fez para conter os impactos ambientais decorrente. Para muitos, este é uma fonte inesgotável, bem comum de riqueza infinita.

É preciso entender que parte do problema está na falta de conhecimento de pessoas, que ao fazerem uso de todos os recursos que o meio ambiente proporciona, acabam por negligenciá-lo, agindo com profunda ignorância, ou abusando desses recursos, seja para uso próprio, ou visando um ganho econômico. Nesta área ocorrem outros conflitos a serem combatidos, é o caso da corrupção que vem crescendo e ganhando destaque pelo potencial lesivo que essa prática traz para todo o meio econômico e social.

De acordo com Rodrigues (2005), a supremacia do Poder Público sobre o interesse privado em casos de responsabilização ambiental deve prevalecer, de forma que o infrator venha a ser punido, como forma de educação, para que este não venha a cometer novas condutas dolosas ao Meio Ambiente.

A intervenção do Estado, dividindo a responsabilidade de fiscalização entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, assegurada de suas Normas Regulamentadoras, atua e contribui, porém de forma insuficiente para a preservação de um Meio Ambiente equilibrado. É prerrogativa da Administração, utilizar-se de sua força de Poder de Polícia Administrativa Ambiental para fiscalizar, punir infrações, ou ainda orientar a forma de utilização de espaços e recursos ambientais de maneira que seja descontinuada a prática lesiva de atos que prejudiquem a coletividade.

Por conseguinte, visa responder o questionamento: De que modo o poder de Polícia Ambiental tutela e protege o meio ambiente, considerado na Constituição Federal Brasileira, como um bem comum? Além disso, o artigo busca contextualizar o meio ambiente enquanto bem comum previsto na Constituição, assim como irá definir o poder de polícia e seu campo de atuação de Polícia Ambiental e por fim, mostrar a aplicabilidade de sanções sobre o Meio Ambiente pela Administração Pública, através do poder de Polícia Ambiental.

1. O MEIO AMBIENTE ENQUANTO BEM COMUM PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO

1.2 Meio Ambiente enquanto bem comum

Para entender o Meio Ambiente enquanto bem de uso comum, Trennepohl (2018), explica que este é um bem difuso, ou seja, devido a sua natureza indivisível por não pertencerem a um indivíduo de forma isolada. Desta feita não seria possível estabelecer um único indivíduo como titular deste bem, pois tal titularidade é exercida por toda sociedade. (MUKAI, 2005, p.06) *“E isto, porque ele diz respeito à proteção de interesses pluri-individuais que superam as noções tradicionais de interesse individual ou coletivo”*.

Barbosa, (2014) conceitua que, para entender o que é o meio ambiente e tudo aquilo que faz parte dele, também é preciso se atentar ao fato da existência humana, pois o homem também faz parte deste meio ambiente. O ser humano é dependente do meio ambiente e vice e versa, um depende do outro para a existência pacífica. Então não



adianta apenas falar do meio ambiente (fauna, flora, solo, água e ar), é necessário entender a relação do homem neste cenário, pois ele está totalmente ligado a este contexto.

Para que se discuta sobre a proteção do meio ambiente, Antunes (2006), expõe a necessidade de se pensar a longo prazo, discutir e elaborar meios de desenvolvimento sociais, pensar na saúde, em maneiras efetivas de desenvolvimento de mercado e também na proteção de ecossistemas. Sobre este assunto, Cervi (2009) preleciona que para que exista uma efetiva proteção do bem tutelado, neste caso o meio ambiente, é necessário a criação de normas, e aplicações de medidas que visem a coibir condutas infratoras, para que exista um meio ambiente seguro para as futuras gerações.

Fiorillo (2004) define que possuem direito sobre um meio ambiente saudável, todo aquele que goza de condição de cidadania, qualquer pessoa residente no país, seja brasileiro ou estrangeiro, conforme estabelece a Constituição Federal. Ainda neste sentido, Machado (2009), complementa que o direito ao meio ambiente não se esgota num único indivíduo, pois mesmo que cada pessoa seja detentora do seu direito a usufruir de um ambiente equilibrado, este é um direito coletivo. Ainda, leciona Trennepohl:

Ademais, o fato de existir a propriedade privada sobre determinados bens ambientais não retira a característica de serem bens voltados para o bem-estar da coletividade. Assim, todos podem utilizar tais bens, mas não podem transacionar ou dispor deles sem garantir às próximas gerações o suficiente para o seu desenvolvimento (TRENNEPOHL, 2018, p.27).

Deste modo, Milaré (2015) acentua o alcance da Carta Magna na proteção do meio ambiente, uma vez que Normas Constitucionais possuem eficácia e são aplicáveis, de forma que não é possível que se negue uma Norma Constitucional e ao fazer qualquer afronta pode, como consequência, ser interpretada como inconstitucional.

1.3 A Constituição Brasileira e o Meio Ambiente

Inicialmente, Antunes (2016), enfatiza que o direito ao meio ambiente equilibrado, é considerado pela Constituição como um direito fundamental, dada tamanha relevância para a construção de uma vida com qualidade e desenvolvimento econômico. Destaca-se ainda que, para a evolução do cidadão, bem como de seus empreendimentos, é possível desenvolver sem que haja desrespeito ao meio ambiente, mantendo-o saudável para as futuras gerações.

De acordo com Thiel (2018), deve partir do próprio povo uma cobrança aos seus governantes, por medidas que visem à preservação do meio ambiente, posto que, é um direito fundamental, inerente da pessoa humana. Fiorillo destaca a importância histórica do art. 225 da CF/88 “[...] estabeleceu pela primeira vez na história do Direito Constitucional Brasileiro, o direito ao meio ambiente, regrado, pois, no plano normativo mais elevado, os fundamentos do Direito Ambiental Constitucional” (FIORILLO, 2004, p.33).

“A Política Ambiental Brasileira privilegiou a prevenção dos danos, podendo-se considerar nossa Legislação de controle ambiental um aparato moderno e eficiente” (CERVI, 2009, p.248). Em observância da Lei nº 9.784/99, todas as infrações que virem a ser identificadas, serão investigadas e tratadas através de processo administrativo, sempre em observância da Lei, respeitando o contraditório e a ampla defesa, conforme explica Machado (2009).

Por sua vez, Antunes (2006), faz duras críticas ao papel desempenhado pelo Estado no que tange a proteção do meio ambiente, pois sendo este um bem considerado



de todos, compreende-se que o Estado em diversas oportunidades de tutelar este bem, acaba se omitindo de suas responsabilidades, deixando de cumprir seu papel de fiscalizar e aplicar medidas que diminuam os impactos ambientais. Essa abstenção do Estado nunca traz resultado positivo ao meio ambiente, seja a curto ou a um longo prazo.

Para corroborar tal discussão, Trennepohl (2018, p.78), afirma que “*trata-se do reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, impondo a obrigatoriedade de sua proteção, por se tratar de bem de uso comum do povo, sendo essencial à sadia qualidade de vida*”. Segundo Fiorillo (2004), o direito ambiental não diz respeito apenas ao direito da pessoa humana, mas está ligado intrinsecamente a tutela, para que este seja aproveitado com dignidade.

2 O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL E SEU CAMPO DE ATUAÇÃO DE POLÍCIA AMBIENTAL

2.1 Conceito normativo de poder de polícia – Art. 78 do Código Tributário Nacional - CTN

Entende-se que, o “*poder de polícia, outra coisa não é senão, o poder de regulamentação de que está investido ao Estado. É discricionário, mas tem por limite a Lei*” (HARADA, 2018, p. 07). Conforme expõe Medauar (2018), a competência para agir em casos de limitação de direitos individuais é do Estado. A Administração Pública atual, ainda nos remete ao poder de império, pois se utiliza da sua autoridade para limitar os direitos e liberdades daqueles que estão sob sua jurisdição e, para isso, exerce-a utilizando-se da força que emana do poder de polícia.

Para Harada (2018), trata-se então de uma discricionariedade do Estado, ou seja, este define o que uma pessoa pode ou não fazer, mesmo sendo este cidadão possuidor de direitos naturais, sempre visando o coletivo. Ainda, cumpre salientar que:

A discricionariedade está relacionada à oportunidade e conveniência no exercício do poder de polícia, devendo aplicar sanções administrativas adequadas visando o interesse público. A auto-executoriedade é a faculdade que a Administração Pública tem de executar diretamente a sua decisão, ou seja, aplicar e executar as sanções previstas na legislação. A coercibilidade é a capacidade de imposição coativa das sanções aplicadas pela Administração Pública, utilizando-se, se for o caso, de força (SIRVINSKAS, 2005, p.332).

Por se tratar o poder de polícia, uma atividade típica do Estado, esta não pode ser delegada a outras pessoas, pois somente a Administração Pública possui legitimidade para o exercício da função de prevenção e repressão, de acordo com a lição de Di Pietro (2018). O Estado pode através de Leis previamente instituídas, cercear os direitos de seus legitimados. Ainda, “*é indispensável que o ato de polícia seja praticado pela autoridade competente, ou seja, aquela dotada de atribuição legal; que seja revestido de forma adequada, ainda, de proporcionalidade, da sanção e da legalidade dos meios*” (ANTUNES, 2006, p.126).

Na visão de Medauar (2018), mesmo tendo a discricionariedade para aplicação de medidas limitadoras a seus subordinados, é necessário que a Administração justifique seus atos para que sua autoridade não seja contestada, ou interpretada como abusiva. Deve ser pautada em Lei, e na observância do princípio da legalidade, pois ao exercer esse limitador, busca efetivar seus atos pensando no bem comum. Neste sentido,



“o Código Tributário Nacional, traz em seu Art. 78, a definição do poder de polícia como sendo a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público” (HARADA, 2018, p.07).

Assim também realça Di Pietro (2018), quanto ao exercício do poder de polícia que deve ser realizado com o intuito de beneficiar o interesse coletivo sobre o interesse particular. Desta forma, quando utilizado apenas com a finalidade de prejudicar indivíduos determinados, os atos cometidos pelo agente deverão ser considerados nulos, pois houve desvio de poder, gerando consequências, não só na esfera Administrativa, mas também na Cível e Penal.

Mesmo diante de direitos individuais, não há como falar em direitos absolutos. Desta forma o Estado intervém limitando direitos individuais, visando sempre o benefício da coletividade, utilizando-se do instrumento jurídico que é o poder de polícia, conforme enfatiza Antunes, (2006).

O poder de polícia é amplo e abrange a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes, a segurança nacional e especialmente a proteção do meio ambiente, através de seus órgãos competentes. É limitado, contudo, pelos interesses sociais e individuais do cidadão assegurados pela Constituição Federal (SIRVINSKAS, 2005, p.332).

Ainda neste sentido, Harada (2018) define que a Administração através da sua competência em intervir em assuntos relacionados ao meio ambiente, deve utilizar normas que visem reprimir atos considerados comissivos ou omissivos. Sua forma de atuação sempre se dará dentro da Lei, visando o bem coletivo sobre o privado. Antunes (2016) define o poder de polícia como a prerrogativa da Administração Pública, que decorre do próprio Estado com o intuito de proteção do bem comum.

As medidas resultantes do poder de polícia exigem observância por parte dos sujeitos a que impõe restrições em seus direitos: tais medidas podem implicar obrigações de fazer ou de se abster. O descumprimento de tais prescrições enseja, para o agente, a possibilidade de impor sanções (MEDAUAR, 2018, p.340).

Thiel (2018) enfatiza que, a responsabilidade para execução das medidas protetivas deve partir em conjunto por todos os entes federativos, conforme o Art. 23 da Constituição Federal de 1988, pois existe uma responsabilidade subsidiária entre Entidades Federais e Estado Federal, devendo todos serem participativos quanto à tutela ambiental. *“A Administração Pública e, por conseguinte, a aplicação de sanções administrativas pelos Entes Federativos pauta-se pelo princípio da legalidade, certo que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei’” (MILARÉ, 2011, p.1157).*

Deste modo não deve ser esquecido, conforme destaca Antunes (2006), qualquer ato que o Estado venha a executar, deve estar fundamentado e dar ciência a todos àqueles que exercem poder de soberania, ou seja, a Administração Pública somente poderá executar medidas que estejam instituídas em Lei.



2.2 A responsabilidade administrativa na tutela ambiental

De acordo com Henkes (2009), a Constituição Federal de 1988, traz em seu Art. 23, VI, a competência comum de todos os entes da Federação em matéria de proteção ao meio ambiente, além de buscar meios que diminuam os riscos de poluição ambiental. Um dos meios utilizados pelo Estado, através do poder de polícia para efetiva proteção do meio ambiente é a fiscalização, afirma Milaré (2011):

É através do poder de polícia que o Poder Público protege, fundamentalmente e precipuamente, o meio ambiente. Salvo raras exceções, a grande maioria das leis administrativas tendentes à proteção ambiental, veicula restrições ao uso da propriedade e às atividades em geral, visando o equilíbrio ecológico (MUKAI, 2005, p.42).

Já para Antunes (2006), o mais importante dentre todos os meios de impor limites aos seus jurisdicionados é através do licenciamento ambiental, pois desta forma o Poder Público estabelece em que condições e a forma que poderá ser utilizado o espaço ambiental, assim como determina quais medidas serão tomadas caso o indivíduo que obter permissão, ou aquele sem licença venha a causar dano ao meio ambiente.

Com efeito, Meirelles (2012) dispõe ainda sobre o assunto, que o Estado se utilizando da sua prerrogativa de poder de polícia, deve agir de forma preventiva, para que os atos lesivos ao bem comum não se realizem, ou caso venham a acontecer, sejam punidos. Para isso a Administração deve criar normas limitadoras e sancionadoras de condutas, respeitando sempre o princípio da eficiência da Administração. *“A Constituição de 1988 estabelece ainda, como pressuposto para a validade dos atos administrativos a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, requisitos necessários para a validade dos atos de polícia”* (ANTUNES, 2016, p.180).

Por sua vez, Milaré (2011) expõe que a essência da problemática da infração não está propriamente no dano ambiental, este é sim um grave problema e deve ser reparado, porém o que deve ser coibido é a desobediência de seus súditos a determinadas normas de proteção do ambiente. Deve haver um processo de conscientização por parte da sociedade que tem o dever e obrigação de colaborar com este cuidado ao bem tutelado, pois como preceitua o ordenamento jurídico, o meio ambiente equilibrado pertence a todos.

O poder de Polícia Ambiental atua no sentido de assegurar que todos os cidadãos cumpram as normas ambientais estabelecidas, para isso utiliza-se deste poder que pode ser repressivo ou preventivo. Nesse ínterim a atuação do agente investido pelo poder de polícia é o de controle e fiscalização, conforme estabelece Antunes (2016).

Segundo Milaré (2015), somente a aplicação de penalidades aos administrados não será o bastante, devendo estar ligada ao ensino e mudanças culturais, deixando de lado velhos hábitos que por vezes estão impregnados na sociedade levando perigo ao ambiente sadio. Porém, ressalta-se que as medidas aplicadas pelo poder de polícia têm como função social o caráter pedagógico além do punitivo. Pois, a medida punitiva nada mais é que um meio utilizado para ensinar e coibir novas práticas ilegais contra o meio ambiente.

Similarmente, buscando explicar os limites de atuação do poder de polícia, Meirelles (2012) aduz a observância do artigo 5.º da CF/88, pois deve ser considerado o relevante apego social e também nos direitos inerentes da pessoa humana, para que este poder não seja exercido com abusos.

Destarte para a grande importância do pleno e correta aplicação deste poder, pois é partir do controle de seus administrados que a Administração Pública consegue



efetividade nas práticas repressivas e preventivas de cometimento de infrações às normas ambientais, assim quando o Poder Público toma conhecimento de tais fatos pode proceder a diminuir o risco de impactos ambientais conforme explica Milaré (2015).

3 A APLICABILIDADE DE SANÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATRAVÉS DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

3.1 Sanções e medidas administrativas

Conforme ensinamento de Milaré (2015) é primordial que a Administração Pública, no momento em que seus entes federativos dotados de seu poder aplicarem sanções a seus administrados, devem sempre pautar-se pelo princípio da legalidade, de forma que seja respeitado o que preceitua a Lei nos Artigos 5.º II, 37, caput e 84, IV da CRFB/88. Deste modo, cumprindo o texto legal que diz que somente a Lei pode instituir infrações e cominar penas aplicáveis.

Com previsão legal nos Artigos 70 a 76 da Lei 9.605/1998 "*dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente*", Lei esta que foi denominada como Lei dos Crimes Ambientais e do Decreto n.º 6.514/2008, Oliveira (2011), discorre sobre a competência para o exercício do poder de polícia e instauração de processo administrativo. Possuem competência funcionários de órgãos ambientais, que são ligados ao SISNAMA, e que possuem prerrogativa para trabalhos que ensejam a fiscalização, assim como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha. Ao todo, a referida Lei traz dez sanções aplicáveis em caso de práticas ilícitas, constantes no Artigo 72:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no Art. 6º:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - embargo de obra ou atividade;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades;
- X - (VETADO)
- XI - restritiva de direitos.

É imprescindível que haja norma que regulamente a atividade de fiscalização. Antunes (2016), explica que a atividade realizada pelo IBAMA, é feita por setores próprios de forma descentralizada e cabe a supervisão dessas atividades à Coordenação-Geral de Fiscalização Ambiental. Vale destacar a atividade supletiva do IBAMA, pois conforme redação do Artigo 2.º da Lei nº 7.735/89, a Autarquia Federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente e que possui como finalidade:

- I - exercer o poder de polícia ambiental;
- II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização do uso dos recursos naturais e à fiscalização,



monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e
III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente.

No entanto, Sirvinskas (2005) atenta para o fato de ser necessário que o Poder Público dê motivação, a todas as decisões que delas emanarem uma conduta punitiva, pois a falta de motivação pode fazer com que o Poder Judiciário revise a pena, reduzindo ou até mesmo anulando-a.

3.1.1 Advertência

Precipuamente aplicar-se-á esta penalidade quando a infração for considerada pelo agente fiscalizador como sendo de menor potencial lesivo ao Meio Ambiente. Oliveira (2011) esclarece que, a pena de advertência é aplicável quando for cominada com multa que não exceda o valor de R\$ 1.000,00, conforme preceitua o Artigo 5.º, §1.º, do Decreto nº 6.514/2008.

Deste modo, Trennepohl (2018) afirma que, sempre que o agente responsável pela fiscalização constatar irregularidades, deverá lavrar um auto de infração, devendo conter a sanção aplicada “advertência”, bem como também o prazo fixado para que o autor da infração regularize-as. Apesar de não haver Lei especificando prazo para sanar tais irregularidades, Moraes (2002) atenta para a importância de se descrever com clareza o ato lesivo no auto de infração, especificando seu objeto jurídico lesado, assim como seu valor. Pois, não havendo solução por parte do agente causador, a imposição de pena multa, seguirá apenas as formalidades, já que todos os requisitos anteriores foram apresentados.

Milaré (2018), atenta que a imposição desta medida juntamente com outra penalidade possui duas finalidades, sendo uma delas também como medida cautelar, como no caso de embargos de obras; e no segundo quando o dano foi constatado, uma sanção foi aplicada como no caso da multa, onde deve ainda o infrator buscar medidas para corrigir em caráter emergencial as irregularidades.

Por fim, conforme ensinamentos de Trennepohl (2018), caso o autuado não venha a regularizar os atos que infringem a Legislação Ambiental, pode o agente fiscalizador fazer a aplicação de multa, pois a penalidade de advertência, não obsta a aplicação de outras sanções, porém veda-se a aplicação de uma nova penalidade “advertência”, pelo prazo de três anos, conforme preceitua o artigo 7º do Decreto nº 6514/08, contados do julgamento da defesa da última sanção em questão.

3.1.2 Multa simples

Inicialmente, Antunes (2016) destaca que, esta é uma sanção que irá incidir diretamente no patrimônio do autuado, por se tratar de penalidade pecuniária. Será aplicada sempre que a Administração Pública identificar que por parte de seus administrados não se cumpriu determinada norma, exercendo de forma irregular atividades que deverão ser submetidas ao poder de polícia.

Milaré (2015) esclarece que, a multa simples será aplicada quando constatada a negligência ou dolo pelo infrator, pela qual tenha sido advertido e deixou de sanar em prazo assinalado, ou que opuser embaraço a fiscalização dos agentes ligados aos órgãos ambientais conforme o §3.º, art. 72 da Lei nº 9.605/1998. A referida Lei em seu § 4º, artigo 72, define a possibilidade de conversão de multa simples em serviços que visem à



preservação, melhoria e à recuperação do meio ambiente, assim destaca Trennepohl (2018).

Porém, conforme ressalta Milaré (2015), a conversão de multa simples por serviços não é um direito subjetivo do autuado, e sim compete a partir da discricionariedade do agente julgador deferir ou não quando há este pedido. Devendo ser pautada em clara motivação, a fim de que o julgador tenha convicção ao proferir sua decisão.

Ao que se refere obstar, ou dificultar a atividade do agente fiscalizador, Moraes (2002) é claro ao apontar que esse obstáculo deve ser físico, ou a recusa em não apresentar documentos, dificultar a entrada em locais, sendo que qualquer um desses atos pelo infrator pode ocasionar em multa administrativa, não deve, no entanto, ser confundido com o direito que o infrator possui em ficar calado, que é garantido constitucionalmente no artigo 5.º, LXIII, CF/88.

3.1.3 Multa diária

A multa diária é a penalidade imposta pelo agente fiscalizador, quando este observar que a infração continua a se perpetuar, o que diferencia da multa simples que são chamadas de infrações instantâneas, quando não observados tais diferenças implicará na nulidade do ato da administração. Observa-se ainda que ao lavrar o auto de infração, deve ser especificado o valor da multa diária aplicada ao ato infracional, conforme ensina Antunes (2016).

Segundo Oliveira (2011), a multa diária será aplicada sempre que for verificado que a infração se prolonga no tempo, conforme instituído no artigo 72, §5.º da Lei 9.605/1998. O valor para aplicação da multa não pode ser inferior a R\$ 50,00 e seu máximo não pode ser superior a 10% valor da multa simples.

Para que seja declarado seu fim, Milaré (2015) discorre ser necessário, o autuado apresentar documentos ao órgão ambiental que comprovem que tal situação que deu causa ao auto infracional foi regularizada.

Dessa forma, Moraes (2002) classifica a multa diária como sendo a possibilidade de punição quando o agente infrator deixar de fazer ordem direta, que poderia ter sido realizada. Neste caso, a punição não é referente ao dano causado e sim ao descumprimento da ordem.

3.1.4 Restritiva de direitos

As sanções restritivas de direitos podem ser aplicáveis tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas. De acordo com Oliveira (2011), o §8.º do Artigo 72 da Lei 9.605/98 e o Artigo 20 do Decreto 6.514/08 trazem como penalidades:

Restritiva de direitos – abrange a suspensão de registro, licença, permissão ou autorização; cancelamento de registro, licença, permissão ou autorização; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; e proibição de contratar com a administração pública, pelo período de até três anos (SIRVINSKAS, 2005, p.340).

Contudo, Milaré (2015), atenta para não se interpretar a suspensão, como revogação ou cancelamento. Pois, no que concerne o dicionário jurídico tal interpretação deve ser a interrupção por tempo limitado, no que tange os efeitos de determinados atos. Cabe ainda salientar que, a proibição de contratar com a Administração conforme destaca Trennepohl (2018), não poderá ultrapassar o período de três anos, assim como as demais



sanções não devem extrapolar a máxima de um ano conforme estabelece o Artigo 20, §1.º, do Decreto nº 6.514/2008.

Para que ocorra a perda de incentivos, benefícios fiscais e financeiros, Morais (2002), aduz ser necessário levar ao conhecimento da fazenda pública ou entidade financeira, pois havendo fiscalização e constatado a irregularidade, posteriormente vindo a ser condenado, este pode vir a ter seu benefício ou incentivo suspenso, ou cancelado. Ou ainda há casos em que o beneficiário tem o dever de apresentar certidão de regularidade ambiental, pois ao deixar de fazê-lo terá o benefício suspenso.

3.2 Medidas administrativas acautelatórias

Inicialmente, Milaré (2015) chama atenção para a terminologia utilizada pelo legislador, ao nominar como sanções todos os itens que constam no Artigo 72. Mas com a devida atenção é possível identificar que os incisos IV a IX possuem como características a natureza acautelatória, ou seja, visam medidas mais preventivas, resguardando a recuperação ambiental e prevenir novas infrações.

3.2.1 Apreensão

Nosso ordenamento jurídico recepciona a possibilidade de apreensão como meio punitivo a desestimular práticas ilícitas. Conforme ensina Milaré (2015), está prevista no rol de sanções da Lei 9.605/98, Artigo 72, IV e no Decreto 6.514/08, Artigo 25, §§ 1.º a 5.º, os métodos adotados pela Administração Pública a fim de realizar a apreensão, controle e a destinação de produtos e subprodutos, animais, instrumentos, embarcações e veículos que tenham sido retidos pela prática de ato ilícito contra o meio ambiente.

Os agentes fiscalizadores apreenderão produtos e subprodutos que sejam oriundos de atividades ilícitas conforme orienta Milaré (2015). O Artigo 25 da Lei 9.605/98, expressa *in verbis*:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

[...]

§ 2.º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.

§ 3.º Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.

Trennepohl (2018) ressalta que o Artigo 134 do Decreto nº 6.514/08, ampliou o rol que destina os bens e animais apreendidos, destacando que depois de confirmado o auto de infração, o autuado não poderá reaver seus produtos ou animais. Como bem interpreta Milaré (2015), a perda dos instrumentos se dá apenas quando estes são utilizados para práticas ilícitas, não tendo o porquê se falar em confisco de itens que são ferramentas de trabalhos legais e que de forma alguma infringem a Lei, destaca-se ainda que serão apreendidos aqueles materiais que forem descaracterizados, ou que tenham sido utilizados no cometimento de um ato ilegal.

Os bens apreendidos conforme destaca Oliveira (2011), podem ficar sob a guarda do órgão fiscalizador, ou em casos excepcionais até mesmo ser confiados a um fiel depositário, até o fim do processo que julgará o feito. Posteriormente, no caso de órgãos e entidades públicas se encontrarem como depositários, Milaré (2015) indica que estes poderão ser beneficiados, caso o destino fim do bem apreendido seja a doação.



Para Trennepohl (2018), havendo apreensões de materiais e substâncias tóxicas e nocivas à saúde humana, ou que traga risco ao meio ambiente, o órgão competente será o responsável por emitir os métodos e procedimentos que ficarão a cargo do infrator.

3.2.2 Destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da infração

A destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da infração tem por objetivo evitar que esses materiais continuem a ser utilizados, assim como sua guarda ou seu transporte, principalmente quando estes se configuram inviáveis, conforme destaca Trennepohl (2018). Sobre esta prática Oliveira (2011), discorre o que estabelece o Artigo nº 111 do Decreto 6.514/08, que visa destruir ou inutilizar esses materiais sempre que seu aproveitamento e uso configurem riscos maiores, assim como o seu transporte ou guarda, podendo até mesmo colocar em risco a segurança dos agentes fiscalizadores, bem como da população.

Sob o mesmo ponto de vista, Milaré (2015) destaca que, deve ser realizado termo a fim de que fique documentada a destruição dos objetos, de modo que se identifiquem suas condições antes e após a conclusão, assim como deve ser feita a análise dos valores dos bens, para o caso de ser necessária a indenização.

3.2.3 Suspensão de venda ou fabricação de produto

Será aplicada sempre que o produto não estiver em conformidade com as premissas legais, Milaré (2015) ressalta que a medida em voga visa à interrupção da comercialização de produtos e subprodutos que tenham sido originados através de uma infração administrativa. Nesta mesma corrente, Trennepohl (2018), com base no Art. 109 do Decreto nº 6.514/08, enfatiza o objetivo da suspensão seja ela parcial ou total, da venda ou fabricação de produtos que não estão de acordos com a Legislação Ambiental, que é a descontinuidade dessas atividades a fim de se evitar maiores prejuízos ambientais.

Já para Antunes (2016), é uma punição grave, pois a suspensão das atividades do agente infrator irá gerar impactos financeiros em sua vida. Cumpre destacar que não existe uma previsão de durabilidade, pois a penalidade somente cessará com o fim da irregularidade. Por fim, ressalta-se a grande importância de laudo técnico que comprove que tal medida é necessária, dado os impactos que ela possa produzir devendo o agente fiscalizador tomar o devido cuidado para não agir com abuso de poder.

3.2.4 Embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas

O embargo de obra ou atividade segundo Milaré (2015), é a medida tomada pela Administração Pública que pode ser por tempo definitivo, ou temporário, sempre que for constatado alguma irregularidade, podendo essa ser no início da obra, durante, ou até mesmo quando detectar que foi ultrapassado os limites no que tange as licenças e autorizações decorrentes de atos administrativos, de modo que essas ações possam trazer riscos à saúde humana, assim como risco ambiental.

Neste passo, busca-se evitar que o dano ambiental seja continuado. Trennepohl (2018) classifica este meio como ferramenta a propiciar a recuperação da área que foi afetada. Para que ocorra a cessação do embargo, Oliveira (2011) preleciona que é necessário que o autuado apresente documentos com o intuito de regularizar a obra ou atividade.



Antunes (2016) discorre sobre o quão importante e necessário é a aplicação desta medida seja feita por agente competente de órgão fiscalizador, que detém o poder de polícia sobre determinada obra ou atividade que se encontra irregular. Além disso, Milaré (2015) destaca que não havendo o cumprimento da ordem de embargo, deverão ser aplicadas de forma cumulativa as seguintes sanções:

1. multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais, com base no art. 79 do Dec. 6.514/2008;
2. suspensão da atividade que originou a infração e da venda de produtos e subprodutos criados ou produzidos na área ou local objeto do embargo infringido; e
3. cancelamento de registros, licenças e autorizações de funcionamento da atividade econômica junto aos órgãos ambientais e de fiscalização. (MILARÉ, 2015, p.394).

Complementando, Trennepohl (2018) afirma que deverá a autoridade ambiental comunicar o Ministério Público para que tome providências, quando houver o descumprimento pelo autuado na ordem do embargo.

Por fim, Milaré (2015) atenta ao fato de que obras e atividades embargadas que decorram de licenciamento ambiental de competência do IBAMA, a medida do embargo somente será executada tendo a aprovação do Presidente do IBAMA.

3.2.5 Demolição de obra

Classificada como medida extremamente severa, a demolição de obra para Milaré (2015), deve ser aplicada sempre que for constatado o perigo iminente de agravamento no que tange ao risco ambiental, saúde, segurança, além da impossibilidade de não conseguir reverter os danos ambientais. De maneira idêntica, Trennepohl (2018) sinaliza com base no Artigo 19 do Decreto nº 6.514/08, que deverá ser respeitado o contraditório e a ampla defesa, para só então aplicar a pena de demolição da obra que não esteja de acordo com os Regramentos Ambientais e que não demonstre condições de ter sua situação regularizada.

O ato da demolição, não será realizado, conforme orienta Oliveira (2011) em casos em que tal feito venha a causar ainda mais prejuízos ao Meio Ambiente, para isso, é preciso que seja comprovado o risco desta piora através de laudo técnico. Trennepohl (2018) aponta ainda, que os custos com a demolição ficarão a cargo do infrator, que poderá realizá-la, ou então, reembolsar a Administração Pública por eventuais despesas.

Portanto, para Moraes (2002), quando houver ordem de demolição de obra por descumprimento de legislação ambiental vigente, esta deverá ter cumprido todo processo administrativo, em que não seja mais possível cabimento de recurso.

3.2.6 Suspensão parcial ou total de atividades.

A priori, é necessário frisar que o deferimento de licença não basta para comprovar que tal atividade vem sendo desempenhada de acordo com as especificações da Lei, para isso é preciso que se faça uma constante verificação. Moraes (2002) lembra que a fiscalização não possui caráter punitivo, mas sim, monitorar e então, atestar que as exigências da Legislação vêm sendo cumpridas. O agente fiscalizador, não pode atestar a licitude das atividades quando o particular se nega a colaborar com a administração, quando isso ocorre, a medida a ser tomada é a suspensão parcial ou total das atividades.

Neste mesmo sentido, Oliveira (2011) expõe com base no Artigo 110 do Decreto Lei nº 6.514/2008, que a suspensão parcial ou total de atividades é a medida cabível



quando a autoridade fiscalizadora busca inibir a prática e assim fazendo com que esta seja descontinuada, pois não está em acordo com a Legislação Ambiental.

Essa medida não irá necessariamente acarretar o fechamento ou a paralisação de todas as atividades do estabelecimento que está sendo fiscalizado. Como recorda Milaré (2015), a suspensão está condicionada apenas as máquinas ou atividades que se encontrarem irregulares, podendo o restante continuar a produção. Para a cessação da medida punitiva, é necessário que se faça o cumprimento da regularização dos equipamentos ou atividades que a Administração classificou como sendo nocivas, devendo, então, o agente infrator comprovar o feito.

Portanto, a suspensão parcial de obra ou atividade de acordo com Antunes (2016), é a medida cabível, quando fica constatado um desacordo com a norma, o agente fiscalizador não irá paralisar todo o empreendimento e sim, apenas o que está irregular, tal medida é proporcional ao dano que vem sendo causado.

METODOLOGIA

A origem da pesquisa surgiu da necessidade de compreensão e aprofundamento teórico, vez que tal assunto é de suma importância e está a cada dia mais em destaque em nossa sociedade no que se refere à proteção ambiental e uma sadia qualidade de vida.

Foi utilizado o método de abordagem qualitativo, Sordi (2013, p.100), aduz que “a *pesquisa qualitativa, emprega técnicas interpretativas para análise e compreensão de fenômenos de natureza subjetiva*”. Bittar (2016) considera que toda pesquisa consiste numa busca do saber científico, e desta forma entende que o método utilizado nestas pesquisas poderá influenciar na área jurídica. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das Normas da Ciência Jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

Na pesquisa qualitativa, o problema investigado não sai da mente do pesquisador, que se utiliza de fatores históricos e da imersão na vida da sociedade para responder os questionamentos levantados.

Em relação à pesquisa, esta é do tipo bibliográfica e, a partir dos autores Lakatos e Marconi (2017), a pesquisa bibliográfica deve ser realizada em todos os meios de fontes disponíveis, como livros, artigos científicos, jornais, teses, porém como os renomados autores fazem questão de destacar, ao realizar uma pesquisa independentemente do método empregado, deve ser feito o levantamento de dados de variadas fontes. O diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto bem como elaborar os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013).

O método dedutivo parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão. É um método puramente formal que se vale apenas da Lógica (HENRIQUES e MEDEIROS, 2017, p.36). O texto busca, portanto, a construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

Desta forma, permite construir uma linha de pensamento, bem como o desenvolvimento do texto, por intermédio de seu raciocínio lógico visando responder através de dedução a busca de verdades universais.

Portanto, a pesquisa será explicativa, pois tem a pretensão de demonstrar as relações causais entre as variáveis. Sendo que a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.



ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Indubitavelmente, deve-se ressaltar a importância da atuação repressiva e preventiva por parte da Administração Pública através do exercício do Poder de Polícia Ambiental Federal, pois é dever do Estado garantir o cumprimento constitucional e a proteção efetiva do Meio Ambiente.

Desta forma, quando o agente fiscalizador está exercendo sua função ele busca coibir práticas que venham prejudicar o Meio Ambiente e com isso o desenvolvimento social e econômico com impactos negativos imediatos e com reflexos negativos vindouros.

A educação ambiental deve ser encarada com seriedade pelo Estado e pela sociedade, ao coibir e reparar feitos que danifiquem este patrimônio que é de todos. É fácil perceber que existe um descaso com o Meio Ambiente devido à baixa escolarização e poucos investimentos nessa área.

Para suprir a falta de agentes públicos no combate às irregularidades que vem ocorrendo, faz-se necessário por parte do Estado investimentos que venham suprir as deficiências humanas e de equipamentos necessário para que os agentes desenvolvam seus trabalhos com qualidade e segurança.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou o estudo sobre o poder de Polícia Ambiental Federal na proteção do Meio Ambiente constitucionalmente legitimado como bem comum. Para isso buscou demonstrar o que a proteção ao Meio Ambiente está prevista na Constituição Federal, assim como definir o poder de polícia e seu campo de atuação de polícia ambiental, bem como se apresentou a aplicabilidade de sanções pela Administração Pública, utilizando-se do poder de polícia.

O Meio Ambiente equilibrado é um bem indiscutivelmente necessário para o desenvolvimento social, econômico e cultural, não é por acaso que a Constituição Federal de 1988, proporcionou no seu Artigo 225 a sua proteção, pois desta forma o legislador preocupado não só com o que ocorre no presente, visa também preservar este ambiente para as gerações futuras.

Conforme ressalta Milaré (2018), possui o Estado um dever constitucional de proteger e preservar o Meio Ambiente, assim como o cidadão ganha um papel de destaque no texto constitucional ao ser mencionado não só como um ser de direito (titular), mas agora o legislador estabelece que este tem o dever de assegurar juntamente com o Estado a função de preservação deste bem que é de todos. “*Entende-se por todos como sendo os brasileiros e estrangeiros residentes no País, nos termos do art. 5º da CF*” (SIRVINSKAS, 2005, p.44).

Por se tratar de bem coletivo, não é possível dividir, tão pouco é possível determinar o número de pessoas que exercem a titularidade sobre este bem. Deve então a Administração Pública através de suas atribuições, pôr em prática este dever de proteção, levando-se em conta que este é um processo contínuo e requer investimentos, planejamentos e uma política ambiental eficaz. A Administração Pública, através de seus agentes que detêm a força do poder de polícia buscam coibir a prática de ilícitos que prejudiquem o Meio Ambiente, de tal forma, que não possa ser recuperado.

Desta forma, o poder de Polícia Ambiental Federal, visa através de suas atribuições, fiscalizar e impedir, que a falta de informação, ou a prática de atos já



determinados como gravosos ao Meio Ambiente venham ser cometidos, e caso identifiquem tais infrações sejam elas reiteradas ou não, apliquem as sanções cabíveis.

Por fim, o presente estudo não teve a pretensão de esgotar o assunto e sim, impulsionar novos pesquisadores sobre o tema, bem como atentar para a importância deste bem que é de todos e o papel que deve ser desempenhado pela sociedade e pelo Estado na proteção do Meio Ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2016.

BARBOSA, Wallace Souza. **Contribuição de melhoria como instrumento de concretização do estado de direito ambiental**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal de Sergipe, 2014. Disponível em: <<https://ri.ufs.br/handle/riufs/4122#?>> Acesso em: 24 abril 2019.

BITTAR, B., E. C. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para concursos de direito. 14ª edição.. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204143/>> Acesso em: 19 outubro 2019

BRASIL. Presidência da República - Casa Civil. Lei n.7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7735.htm>. Acesso em: 26 agosto 2019.

BRASIL. Presidência da República - Casa Civil. Lei n.9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 27 agosto 2019.

BRASIL. Presidência da República - Casa Civil. Lei Complementar n.140, de 08 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 27 agosto 2019.

BOCH, QueliMewius. Responsabilidade civil por danos causados ao patrimônio ambiental cultural. **Direitos culturais**, Santo Ângelo, v.6, n.11, p.67-84. 2011. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/617/313>> Acesso em: 26 abril 2019.

CERVI, Jacson Roberto. Tendências do estado democrático de direito brasileiro na perspectiva do direito ambiental. **Direitos culturais**, Santo Ângelo, v.4, n.º.7, p. 239-252. 2009. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/237/173>> Acesso em: 26 abril 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do processo ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004.



HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2018.

HENKES, Silvana L. A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro. **Revista de direito sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 51-70, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13146/14952>> Acesso em: 24 abril 2019.

HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, Bosco, J. Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica, 9ª edição. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/>> Acesso em: 24 outubro 2019

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARCONI, Andrade, M. D., LAKATOS, Maria, E. Metodologia do Trabalho Científico, 8ª edição. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012408/>> Acesso em: 17 outubro 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2002.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

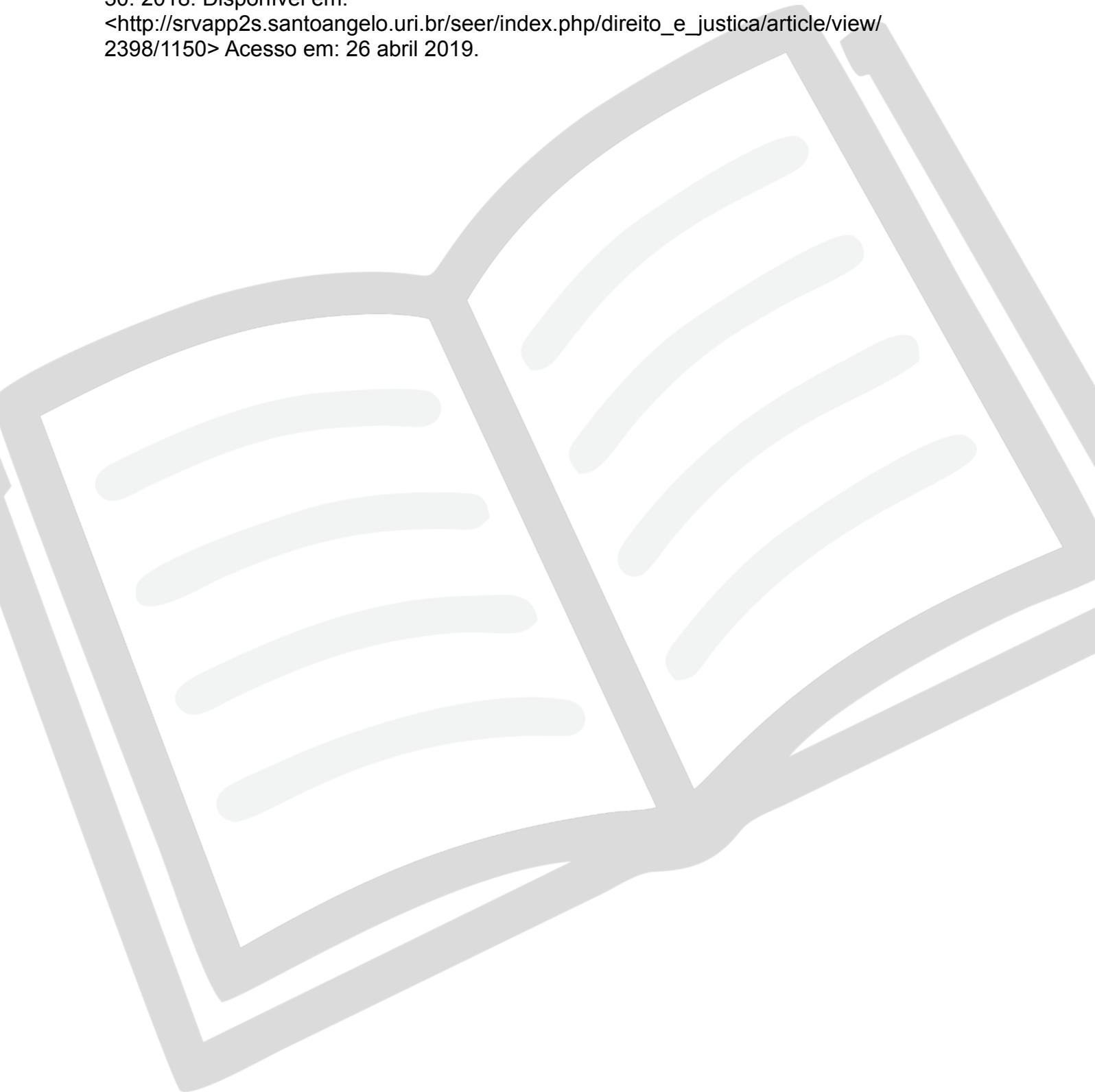
SIRVINSKAS, Luiz Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SORDI, D., Osvaldo, J. Elaboração de pesquisa científica. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210332/>> Acesso em: 17 outubro 2019.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2018.



THIEL, MerylMarylyneRenee. Brasil e a proteção florestal: direito ou dever no meio ambiente? **Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 18, n. 30. 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2398/1150> Acesso em: 26 abril 2019.





ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): SOLUÇÃO PÓS PANDEMIA

Bruna Letícia Trupel¹
Cléopatra Regina Teixeira Xavier Costa²

Resumo: Os *online dispute resolution (ODR)* surgiram na década de 90 com o comércio eletrônico objetivando dinamizar as transações comerciais, de modo que as compras feitas via internet tinham também seus conflitos resolvidos online. Esses novos modelos ampliaram o acesso à justiça, trazendo inúmeros benefícios, como a celeridade, o menor custo e a desnecessidade da presença física, reduzindo as distâncias geográficas. Os ODRs nada mais são do que os *ADRs (alternative dispute resolution)* adaptados ao meio online, possibilitando portanto, a realização de mediações, negociações, conciliações e arbitragens no ambiente cibernético. No momento que se está vivendo o mundo, com o isolamento social devido ao COVID-19, os ODRs se mostram como uma alternativa a ser seguida para ter acesso à justiça. Este trabalho pretende, a partir de pesquisa bibliográfica, apresentar a origem dos ODRs, suas vantagens, desvantagens e seus modelos, de forma a capacitar os advogados a atuarem com os *online dispute resolution*.

Palavras-chave: Online Dispute Resolution. ODR. Mediação. Negociação. Arbitragem.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional número 45 trouxe, em seu pacote de inovações, a criação do CNJ, que tem a necessidade de embasar suas decisões em diagnósticos e análises que encontram amparo em dados estatísticos, assim como nas informações remetidas pelos órgãos judiciários nacionais. Essas ferramentas viabilizam que esse novo órgão construa políticas públicas com o intuito de aprimorar a prestação jurisdicional. Tal trabalho tem sido melhor exercido com o uso das novas tecnologias, que se fazem presente em todas as esferas de atuação jurisdicional, e que têm se manifestado em um contexto de transformações sociais geradas pelas inovações tecnológicas (LIMA, 2016).

A transformação digital no mundo jurídico também já vinha acontecendo no cenário anterior à pandemia do COVID-19, como mostrou o processo de conversão dos processos físicos em eletrônicos, assim como com a realização de procedimentos de audiências no meio online. Essa já era uma tendência global, implicando numa tentativa de adaptação às novas características da era digital, e certamente será acelerada como reflexo da pandemia vigente.

Essas transformações no funcionamento do sistema de justiça, refletem, em especial, na forma que as normas jurídicas incidem nesse novo espaço virtual. Com isso, tem ocorrido a redefinição do conceito de lei, de sua origem e sua evolução. Esse contexto levou ao cenário propício para o surgimento e para o desenvolvimento do modelo de *Online Dispute Resolution (ODR)*, ou seja, de meios de solução de conflitos em rede, nascido em países como os Estados Unidos, e cujo conceito foi importado pelo Brasil (LIMA, 2016).

Esse modelo, que nasce e morre no ambiente virtual, compreende a utilização da tecnologia da informação e da comunicação no processo de resolução de conflitos, total ou parcialmente. Dentre os procedimentos que podem adotar esse modelo, destacam-se a arbitragem, a mediação, a conciliação ou a negociação, que são compatíveis com as ferramentas automatizadas. Os ODRs nada mais são, portanto, do que os *ADRs (alternative dispute resolutions)* aplicados mediante a utilização de internet (KATSH, 2001).

1. Advogada e Auditora. E-mail: bruna.l.trupel@hotmail.com.

2. Advogada. Pós Graduada em Direito Digital, Inovação e Novas Tecnologias pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: cleopatra.costa@gmail.com.



Essa ferramenta foi conceitualmente dividida em duas gerações. Na primeira, o ser humano permanece figura essencial no planejamento e na tomada de decisão, de modo que os recursos tecnológicos entram em cena somente como ferramentas de auxílio nesse processo. Na segunda geração, vislumbra-se uma maior autonomia da tecnologia tanto nos processos quanto nas tomadas de decisões, de modo que o ser humano atua em segundo plano, englobando uma integração das tecnologias com diversas áreas do conhecimento. Esse sistema é denominado “Multi-Agente” (AMORIM, 2017).

A ferramenta de ODR torna claro que arbitragem, a conciliação e a mediação não mais estão restritas ao meio físico, e sim ampliam seus horizontes dado o namoro do mundo jurídico com as ferramentas da Tecnologia de Informação. Isso possibilita o surgimento e a aplicação de mecanismos apropriados para a resolução de conflitos originários das relações firmadas no ambiente virtual.

1. A ORIGEM DOS ODRs

Essa forma mais prática começou a ser pensada no início dos anos 90, decorrente de uma série de fatores históricos que explicam a demanda para o surgimento e para a utilização dessa espécie de ferramenta, inclinação que reapareceu em 2011. A distinção entre essas duas eras consiste no fato de que, na primeira, "grande parte das empresas desapareceram, devido, principalmente, aos altos custos iniciais de investimento para garantir a segurança e a efetividade do serviço, que à época eram fatores garantidos por um número restrito de servidores" (MAIA, 2015).

Conforme a internet foi se disseminando, novos modelos de conflitos surgiram, tendo como cenário o espaço cibernético. Essa nova onda trouxe consigo também novas dificuldades, em especial a possibilidade das partes participarem mais ativamente nos processos de solução que envolvessem o mesmo palco de origem dos conflitos³.

Com esse contexto, evidente foi a necessidade da criação de um método de solução de conflitos. E, para esse fim, o National Centre for Automated Information Research (NCAIR), em colaboração com o Cyberspace Law Institute (CLI) criou o Virtual Magistrate (VM), que diz respeito ao primeiro software de arbitragem em rede, que lidava com crimes de difamação, desrespeito, direitos autorais, fraude e apropriação ilegal de segredos empresariais. Contudo, apesar dos esforços envolvidos, esse trabalho proferiu somente uma decisão. O insucesso deu-se, principalmente, pela limitação de seu escopo, que era restrito aos conflitos originários de relações firmadas online, assim como o software utilizado era muito primário para a forma de solução de conflitos adotada, de modo que se dependia, majoritariamente, de e-mails não seguros (LIMA, 2016).

A intensificação dos conflitos motivou, inclusive, o Ebay (criado em 1998) a buscar uma ferramenta que facilitasse a análise e a solução de conflitos envolvendo seus usuários. E movida por essa problemática, a empresa solicitou que o Center for Information Technology and Dispute Resolution da University of Massachusetts Amherst

3. Esses conflitos intensificaram na medida em que a internet avançou e se transformou: "No início dos anos 90, por exemplo, a base de usuários da internet era composta majoritariamente por alunos e funcionários universitários, pois este era o segmento que possuía acesso. A maior parte dos conflitos decorrentes das relações baseadas na internet, possuíam membros dessa comunidade como partes envolvidas (KATSH, 2012). Esse momento na evolução dos métodos de ODR teve duração, segundo Katsh e Rifkin (2001), até 1995, pois, de acordo com os autores, em decorrência do uso específico da Internet por usuários vinculados a universidades e centros de pesquisa, os tipos de conflitos eram muito específicos". LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. : a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito**, [s.l.], v. 3, n. 50, p. 53-70, 5 set. 2016. APESC - Associação Pro-Ensino em Santa Cruz do Sul. <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.8360>. p. 56.



conduzisse um experimento de mediação de conflitos. Essa investida rendeu que, em apenas duas semanas, 200 conflitos fossem mediados e tal fato chamou atenção dos administradores da empresa para a implementação de tal ferramenta como política institucional. Em meados de 2010, marco do início da segunda era, essa tendência intensificou-se, uma vez que ganharam protagonismo as propostas governamentais ao redor do mundo, e no Brasil não foi diferente: o Poder Executivo criou a plataforma consumidor.gov.br, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também implementou uma ferramenta digital de conciliação pré-processual; de modo que ambos adotaram o modelo de ODR como instrumento de solução de conflitos (LIMA, 2016).

A respeito, no início dos anos 2000, Ethan e Janet Rifikin vão além, realizando a divisão do ODR em três períodos. O primeiro, com duração aproximada até 1995, apontou a escassez de disputas, de modo que os ODR somente eram aplicados em contextos específicos. O segundo período vai de 1995 até 1998, momento em que floresceu a compreensão da necessidade da internet de instituições voltadas para esse fim, de modo que inúmeras experiências surgiram no decorrer desses 3 anos. São exemplos dessas experiências o Virtual Magistrate Program (1996), o Online Ombuds Office (1996), o CyberTribunal (1996) e o Sistema de Resolução de Controvérsias sobre Nomes de Domínio na Internet (Uniform Dispute Resolution Policy – URDP) da ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers); dos quais destaca-se o primeiro, por figurar na vanguarda dessas inovações. O Virtual Magistrate Program foi criado por uma união de forças do National Center for Automated Information Research (NCAIR) com o Cyberspace Law Institute (CLI). O objetivo desse projeto era a prevenção e a solução online de problemáticas pela via arbitral, de modo atuar em controvérsias que envolvessem os usuários da internet, os operadores de rede ou mesmo os provedores de acesso. Por fim, o terceiro período, que teve como marco o ano de 1998, teve como característica a urgência de uma indústria de ODR propriamente dita (AMORIM, 2017).

A intensificação das transações comerciais nas últimas décadas, com a expansão da internet, propiciou o nascimento dos ODRs embasado nas necessidades advindas das relações de comércio eletrônico. Ou seja, a criação dos ODRs se deu para transpor as dificuldades oriundas do surgimento desse mercado, dentre as quais destacam-se a prevenção e a resolução de disputas em grande volume. Isso porque a possibilidade de ocorrência de falhas em muitas instâncias poderia levar à falta de confiança de consumidores no *e-commerce*. Como bem explica MARQUES (2019, p. 7):

Não é incompreensível: usuários de serviços on-line – ou seja, que contratam com agilidade – buscam resolver suas demandas também com a mesma eficiência, e nenhuma confiança há em um sistema que possibilita uma transação em segundos, mas a resolução de uma disputa em anos ou décadas. Nesse ponto, resolver conflitos – mormente demandas de consumidores – de forma eficiente significa contribuir para o crescimento, a lucratividade e a confiança de um mercado (MELO, 2013).

Na América Latina temos o exemplo bem sucedido do Mercado Livre:

A plataforma mercadolivre.com conta com um programa de proteção ao consumidor onde aquele que pagou sua compra e não recebeu o produto, terá direito de receber no todo ou em parte o dinheiro pago, a depender da verificação de determinados critérios, a exemplo do preço do produto e do cumprimento a determinadas condições estabelecidas pelo próprio programa de proteção ao consumidor. Há também um sistema de reputação aplicado aos usuários da plataforma virtual, sejam compradores ou vendedores. O sistema é atualizado



periodicamente, de acordo com as informações prestadas pela contraparte na negociação, devendo as qualificações versarem sobre a concretização ou não da negociação, justificando o comentário de modo fundamentado. Essa ferramenta permite traçar o comportamento de cada usuário, de acordo com os dados relacionados à atividade desenvolvida e a qualificação fornecida pelos membros da comunidade. No momento das transações os usuários podem verificar o nível de reputação de seus compradores e vendedores (MARQUES, 2019, p. 8).

No que tange às ações contemporâneas em nível internacional, o cenário de sufocamento do judiciário e sua ineficácia para a resolução de conflitos oriundos de comércio eletrônico internacional contribuiu para o surgimento de três iniciativas, das quais duas permanecem em fase de elaboração. Tal fato é um demonstrativo dos obstáculos ainda presentes quanto à aplicação da resolução de conflitos online. A primeira iniciativa a ser mencionada é a Proposta de Regulamento de Procedimento sobre a Resolução Online de Litígios nas Operações Internacionais de Comércio Eletrônico da UNCITRAL. Esse projeto, iniciado em 2010, visa regulamentar os procedimentos quanto à resolução online de litígios nas operações internacionais de comércio eletrônico, tornando este processo mais simples e economicamente viável. Atualmente, encontra-se em discussão no Grupo de Trabalho III da *United Nations Commission of International Trade Law* (UNCITRAL). O segundo, denominado Regulamento nº 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à resolução online dos conflitos de relação de consumo, almeja regular os litígios e construir uma plataforma de resolução de conflitos que envolvam agentes em âmbito de União Europeia, de modo a harmonizar a pluralidade legislativa do Continente acerca da matéria (AMORIM, 2017).

Acerca dessa proposta, há de se ressaltar que sua aplicação depende do preenchimento de três critérios, quais sejam: "material, tecnológico e geográfico". Isto quer dizer que, em termos materiais, há a necessidade de o conflito envolver uma relação contratual entre um consumidor e um profissional, estando restrito a esse cenário. Em segundo lugar, há de se atentar ao critério tecnológico, ou seja, o objeto da lide deve ser um contrato eletrônico de compra e venda ou de prestação de serviços online. E, por fim, o critério geográfico, devendo todas as partes do conflito estarem estabelecidos ou serem residentes de países membros da União Europeia. Dessa forma, apesar de aproximar-se de uma ODR, não tem todas as características conceituais de ODR, visto que figura como mero "centro de recepção e triagem dos conflitos, que em seguida serão remetidos às entidades de Resolução Online de Litígios" (AMORIM, 2017).

Por fim, a terceira experiência compreende o Projeto PARLe do *Laboratoire de Cyberjustice do Centre de Recherches en Droit Public* (CRDP) da *Université de Montréal* (Canadá); que é uma plataforma de resolução de conflitos online de baixa intensidade, idealizado sobre as relações entre Direito e as tecnologias de Informação e de Transmissão de dados. Esse projeto tem como objetivo facilitar o acesso à justiça, em especial quando se tratar de litígios em larga escala e que envolvam pequenas quantias em dinheiro; e engloba três grandes princípios: 1. colaborativo (considera as necessidades das partes durante todas as etapas); 2. público (almeja a colaboração do Poder Judiciário com os demais entes e entidades estatais); 3. modular (abordagem embasada em uma experiência-piloto, o que possibilita a aplicação de testes e a realização de ajustes). Esse projeto idealiza também uma parceria institucional entre os países em desenvolvimento, sendo a ideia principal sua aplicabilidade na América Latina, em uma tentativa de desconstruir uma cultura de litigância, em promoção aos sistemas de ODR (AMORIM, 2017).



2. UM NOVO MODELO DE ACESSO À JUSTIÇA

A aplicação dos métodos de solução de conflitos em meio online vem, então, desafiando o sistema tradicional de justiça, em especial por possibilitar uma comunicação instantânea entre as partes, ainda que não simultaneamente, oferecendo também a possibilidade de criação e implementação de novos protocolos que detectam diferentes padrões de comportamento. E, nesse aspecto, a Tecnologia de Informação entra em cena como um grande aliado para a garantia da qualidade do serviço (VILALTA, 2010).

A reflexão sobre esses novos procedimentos está intimamente relacionado à análise do papel de um terceiro imparcial, ou seja, de um juiz, um mediador ou um árbitro; e que traz consigo inúmeras vantagens, dentre as quais destacam-se a economia financeira, economia de tempo, a conveniência do procedimento, os benefícios em comparação à forma de resolução de litígio convencional e o controle das partes sobre o resultado. Inclusive, torna viável o maior controle e uma maior participação dos agentes em todo o processo decisório (LIMA, 2016).

O ciberespaço entra, nesse contexto, como uma “quarta parte”, já que o árbitro, mediador e negociador, bem como o juiz, ocupam o papel da “terceira parte”. A tecnologia veio, assim, para gerenciar o procedimento, levando as partes a uma solução consensual, quando for praticável. Nas palavras de Marques (2019, p. 4):

A escolha dos meios de comunicação de forma estratégica, dessa feita, trouxe a possibilidade de se desenhar novos ambientes (...) que melhor se adaptem às circunstâncias do conflito e melhor auxiliem a dinâmica entre as partes com vistas, principalmente, a uma composição, algo que surgiu primordialmente do e-commerce.

A tecnologia traz ainda mais transações e com isso mais conflitos, ao mesmo tempo que trabalha para diminuir os custos processuais. E, além de reduzir custos, o emprego da tecnologia na resolução de disputas faz ampliar o acesso à justiça, por oferecer soluções de mais fácil acesso, até mesmo mais ecológicas, se comparados com a forma de acesso ao Poder Judiciário tal como ela existe hoje (MARQUES, 2019).

Os ODRs possibilitam o acesso à justiça, tal como ingressar com uma ação no poder judiciários e, na verdade, ampliam o conceito de acesso à justiça, na medida que diminuem as distâncias geográficas e traz consigo as vantagens já conhecidas dos ADRs. Sobre isso, o acesso à justiça está ligado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que estabelece no seu Artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Os obstáculos ao acesso à justiça guardam relação com o custo alto e a longa duração do processo, a falta de informação das pessoas sobre seus próprios direitos, na descrença da efetividade e imparcialidade da justiça. Para superar essas dificuldades ao acesso à justiça, existem soluções que visam a sua garantia, dentre elas, os meios extrajudiciais de resolução de litígios, que sejam, a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Os métodos alternativos facilitam a solução do litígio de maneira mais rápida e menos custosa para as partes. O acesso à justiça, portanto, relaciona-se não apenas com o acesso à jurisdição estatal, mas sim a resolução de litígios da melhor forma possível; o que, em muitos casos, dá-se através dos meios extrajudiciais.

Em época de pandemia do COVID-19 os ODRs se mostram como a única maneira de se alcançar o acesso à justiça, pois, por mais que os tribunais se adaptem a promover audiências online, os mesmos não conseguirão comportar a demanda judicial que se dará no momento pós pandemia. Esse período inteiro de isolamento social não deixou de gerar conflitos que irão demandar resolução. E diante da impossibilidade da via judicial, os



advogados terão de procurar outras alternativas. Aqui apresentamos a alternativa dos ODRs como os meios mais adequados para resolver conflitos durante e no pós pandemia.

Em consequência, cabe capacitarmos os advogados quanto à funcionalidade desses modelos de ODR, assim como se dão as fases processuais.

Benefícios que vão além de custos

ITEM	JEC		Canais ODR
	até 20 sal.	mais de 20 sal.	
Desnecessidade de advogado	Sim	Não	Sim
Audiência Desnecessária	Não	Não	Sim
Sem impacto ambiental do deslocamento	14 kg CO2	7 kg CO2	Sim
Custo para o Consumidor	Deslocamento	Deslocamento + Advogado	Próximo a zero
Tempo de duração	6 meses a 1 ano	6 meses a 1 ano	10 a 30 dias
Custo para o Estado	R\$ 647,40	R\$ 647,40	Próximo de zero
Sem restrições de Acesso Físico	Não	Não	Sim
Acessibilidade em Libras	Não	Não	Sim

Fonte: Marques, 2019.

Isso porque, apesar de o poder judiciário brasileiro ter registrado uma redução na quantidade de processos (eram 79,6 milhões ao fim de 2017 para 78,7 milhões ao final de 2018), o Brasil permanece líder do ranking mundial em número de processos judiciais⁴. Somos, nesses termos, o país mais litigante do mundo.

E, apesar da notória eficiência dos juízes nacionais, o excessivo volume de processos torna quase impossível um julgamento certo e humanizado; de modo que questiona-se a real necessidade de encaminhar todas as problemáticas para a decisão de uma terceira parte, enquanto as partes mesmas têm, na grande maioria dos casos, capacidade de resolvê-las por conta própria. Há estimativas de que 40% dos casos hoje judicializados poderiam ser resolvidos por algum método alternativo de solução de conflito, incorrendo em uma economia anual de 63 milhões de reais aos cofres públicos⁵.

Dessa forma, vivemos hoje um excesso de codificação e uma aridez de incentivo ao entendimento humano, fazendo-se urgente uma mudança de pensamento, uma readequação, um reequilíbrio dos sistemas, similar ao que a Uber fez com os transportes e a Airbnb com as hospedagens⁶.

Em uma breve análise dos fatores históricos, importante comentar que o Brasil do início do século XX tinha um judiciário caracterizado pela sua utilização como última ratio, de modo que sua não utilização figurava como uma espécie de medidor social de caráter, probidade e orgulho. Contudo, com as transformações sociais, econômicas e tecnológicas

4. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Numero-de-processos-em-tramitacao-na-Justica-cai-pela-primeira-vez-em-15-anos.aspx>>. Acesso em: 03 jun. 2020

5. Como a mediação online vai mudar o Brasil. Pinheiros: Ted, 2018. P&B. Disponível em: <https://youtu.be/n4RjbqPxZIE>. Acesso em: 01 jun. 2020.

6. Como a medição online vai mudar o Brasil. Pinheiros: Ted, 2018. P&B. Disponível em: <https://youtu.be/n4RjbqPxZIE>. Acesso em: 01 jun. 2020.



que ocorreram no decorrer desse século, esse cenário mudou drasticamente, de modo que passou a reinar a desconfiança com o próximo, vigorando a esperteza como nova regra. E a desconstrução dessa forma de pensar desaguou, justamente, no sistema judiciário (D'OLIVEIRA, *web*).

Além dessa crescente demanda, os limites territoriais até então organizados têm seu alcance reduzido na medida em que as barreiras geográficas vão sendo superadas, em especial, com a expansão cibernética. E agravada pelo cenário no qual ocorre a resolução de grande parte das lides sem que se apalpe o núcleo dos conflitos estudados judicialmente. Outro fator que deve ser sobrepesado é a forte cultura de explicar o direito “através de verbetes jurisprudências a-históricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social”; resultado de um forte positivismo que, conseqüentemente, incorre no afastamento da humanização dos conflitos (D'OLIVEIRA, *web*).

A forma com que as faculdades de Direito, em sua maioria, abordam o saber jurídico é outro grande fator que contribuiu para a estabilização dessa cultura litigante, isto porque figuram como “meros centros de transmissão do conhecimento jurídico”, carecendo o incentivo quanto à produção de um conhecimento descodificado (D'OLIVEIRA, *web*).

A Constituição Federal trouxe, no formato de garantia fundamental, a análise dos conflitos sociais pelo Poder Judiciário, em busca da garantia da paz social. Contudo, faz-se necessário reforçar que, quando se fala em acesso à justiça, a interpretação deve ser feita de forma ampla, de modo que engloba uma prestação jurisdicional de forma efetivamente justa. Entretanto, apesar do que preza o texto constitucional, vislumbra-se que o Estado não está sendo capaz de sanar os conflitos a ele incumbidos de forma satisfatória, de forma que se evidencia que o acesso à justiça nem sempre se faz presente, ainda com o auxílio dos Juizados Especiais, que surgiram com a promessa de uma tutela jurisdicional célere e prestigiando a conciliação e a transação (D'OLIVEIRA, *web*).

Nesses termos, vislumbra-se que o que contribui para a permanência da cultura de litígio é o desconhecimento sobre os métodos alternativos de resolução de conflito, de modo que persiste o excesso de judicialização, ao invés de darmos passos mais largos para a cultura de colaboração⁷.

Um fator que tende a vir em auxílio, ainda que indiretamente, na construção de uma cultura de pacificação é a ocorrência de audiências em ambiente online. Isto porque, diferentemente da posição que se adota em uma audiência física, na qual cada parte toma posição em um oposto da mesa, uma audiência online propicia um ambiente menos confrontador. Isto é, as partes, ao invés de adotarem posição de duelo, se vêm dispostas na tela do computador em uma configuração similar à das conversas com amigos e parentes que ocorrem nessa mesma ferramenta.

E a mudança de posições físicas tem grande influência na forma com a qual o agente conduzirá sua fala. Ainda que a faça de forma confrontadora, dessa forma, seu efeito será menos intimidador do que se em uma situação “face to face”. E, conseqüentemente, quanto menos intimidada a outra parte, mais aberta a um diálogo ela tende a ficar.

Fato é que inexiste uma fórmula capaz de magicamente erradicar essa questão, uma vez que a solução envolve uma série de medidas administrativas e de mudanças

7. Como a medição online vai mudar o Brasil. Pinheiros: Ted, 2018. P&B. Disponível em: <https://youtu.be/n4RjbqPxZIE>. Acesso em: 01 jun. 2020.



culturais para que o Judiciário consiga dar conta da crescente demanda que lhe é submetida, havendo urgência para a racionalização de seus procedimentos (D'OLIVEIRA, *web*).

Tal crise pode ser minimizada com a utilização de metodologias sociológicas, políticas, assim como a importação de conhecimentos oriundos das áreas de psicologia e da economia se mostram, então, necessárias, de modo que esse diálogo enriqueça ainda mais a operacionalização do direito (D'OLIVEIRA, *web*). Esse cenário corrobora, então, a urgência de uma recepção mais calorosa para os meios alternativos de solução de conflitos citados neste artigo, uma vez que se fazem fundamentais para o efetivo acesso à justiça.

Dado esse panorama, uma possível solução a esse cenário a utilização da mediação, na qual um terceiro, imparcial e sem poder decisório, atua como facilitador do diálogo para que as partes resolvam seus conflitos. Essa forma alternativa de resolução de conflito classifica-se em pública (realizada pela Administração Pública), extrajudicial e judicial⁸.

3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS ODRs

Pode-se trazer como ponto negativo dos ODRs a falta de contato próximo (*face to face*), os problemas decorrentes de falhas tecnológicas e as dificuldades jurídicas pela ausência de previsão legislativa regulando essa ferramenta de resolução de conflitos. O atraso no vislumbre dessa necessidade, segundo Ethan Katask, um dos grandes vanguardistas desta ideia, se deu, principalmente, pelo fato de, até meados da década de 90 - que representou o marco de 25 anos de existência da internet -, inexistir um número expressivo de disputas oriundas do ambiente *online* (AMORIM, 2017). Ressalta-se, ainda, a ausência de um marco legal apto a guiar as experiências nessa ferramenta não só em âmbito nacional, como também mundial. Tal carência gera profunda insegurança aos agentes, especialmente no que tange os setores públicos (LIMA, 2016).

Neste sentido, destaca-se que as ferramentas ODR apresentam uma inegável série de obstáculos a serem superados para que alcancem seu máximo potencial. Contudo, há de se ressaltar que, do outro lado da balança, contabilizam-se as vantagens de uma comunicação assíncrona, que tornam possível um maior tempo para análise do que se pretende falar. Com isso, as partes têm asseguradas um maior poder decisório sobre o que se planeja revelar, assim como sobre qual forma de linguagem se pretende adotar. E, apesar de existir um desequilíbrio em maquinário e familiaridade com os dispositivos digitais entre as partes, esse fato não representa um obstáculo de peso para que as ferramentas sejam consolidadas, isto porque não se exige uma grande capacidade de hardware e software para que uma plataforma de ODR tenha sua eficácia. Dessa forma, apesar dos desafios ainda presentes, estes não superam as vantagens que essa nova ferramenta dispõe (LIMA, 2016).

Contudo, alguns mitos sobre os ODRs ainda se mantêm, como por exemplo, que somente seria adequado para demandas de baixo valor ou baixa complexidade, que é útil apenas para conflitos cuja origem é online e que exige tecnologia de automação completa do procedimento. No entanto, os ODRs são adequados também para demandas de alta complexidade e alto custo, inclusive no que tange às demandas que surgiram no âmbito offline; além do fato de fazer uso de elementos humanos, não restringindo-se totalmente ao sistema automatizado (MARQUES, 2019).

8. Como a medição online vai mudar o Brasil. Pinheiros: Ted, 2018. P&B. Disponível em: <https://youtu.be/n4RjbqPxZIE>. Acesso em: 01 jun. 2020.



A aplicação de ODR encara, como se vê, diversos problemas. Primeiro, porque há uma tendência de resistência de as pessoas submeterem aspectos extremamente relevantes de suas vidas à simples decisão de oriunda de uma máquina; além do medo da substituição do homem pela máquina (AMORIM, 2017). A isso, soma-se à dificuldade de adequar os procedimentos às regras de Direito Internacional Privado de cada país, especialmente no que tange à lei aplicável em cada caso, a jurisdição competente, um sistema de resolução de conflitos compatível com as normas internas dos países. Sem contar a problemática acerca de seu aceite e sua execução levando em consideração o conceito de soberania dos Estados; e o fato de as experiências internacionais acerca da matéria adorem, em peso, o aspecto soft-law, dado não possuírem caráter coercitivo (AMORIM, 2017).

Outro aspecto relevante para os obstáculos atuais é a quebra do conservacionismo do universo jurídico, que muito preza pela "preservação das estruturas sociais" (AMORIM, 2017, p. 522). Ademais, diversos países relutam para aceitar um "procedimento arbitral instituído por meio de cláusula compromissória inserida nos contratos de consumo". E, no Brasil, ainda existem dúvidas acerca da aplicabilidade da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, datada de 1958, e "promulgada no Brasil pelo Decreto no 4.311, de 23 de julho de 2002", dado o alto custo para o reconhecimento das sentenças arbitrais seria fator intimidador em se tratando de causas de pequeno valor econômico (AMORIM, 2017, p. 522).

Inclusive, deve-se atentar também ao grau de acesso da população a essas ferramentas online, em especial no que tange os cidadãos de baixa renda, para que restem respeitados também seus direitos fundamentais (AMORIM, 2017). Contudo, como foi possível estudar, saídas para essas problemáticas estão sendo buscadas. Sem contar que, apesar dos impasses ainda presentes, a resolução dos litígios por meio das ferramentas ODR tende a ocorrer com a consolidação de um contrato que atende à vontade e aos anseios de ambas as partes envolvidas no conflito (AMORIM, 2017).

4. MODELOS DE ODR

Antes de adentrar nos modelos de ODR específicos, há que se falar em como se dá a harmonização dos ADRs com os ODRS, tal como ensina Aura Esther Vilalta, a harmonização das práticas de ADR e ODR consiste realizar uma sequência de etapas, em parte embasada na divisão tripartite clássica do método comparativo de Constantinesco: conhecer para entender e entender para comparar. Esse passo a passo engloba, inicialmente, a fase de conhecimento (coleta de dados, estado da arte, identificação de interesses), e são elas (VILALTA, 2010, p. 104):

1. A fase de entendimento (análise de dados).
2. A fase de gestão (dogmática, estudo teórico; organização e desenho da disciplina).
3. A fase prática e a preparação do instrumento jurídico adequado (definição dos elementos-chave para alcançar os objetivos, escolha do instrumento e redação).

A fase do conhecimento leva em consideração o contexto da cultura jurídica e o ambiente social em que se desenvolvem as instituições; e inclui, embora não esteja limitada a esse aspecto, a exploração dos institutos de negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Este é o momento crucial de coleta de informações relevantes acerca do conteúdo, da estrutura, função e dos efeitos desses métodos (VILALTA, 2010).

Já a fase de gerenciamento envolve o estudo teórico e sistemático dos resultados colhidos na etapa anterior, assim como do "mapeamento de taxonomias e de algumas



bases metodológicas e dogmáticas”. Esse conhecimento viabilizou o desenvolvimento de aplicativos para resolução de disputas online, em que as plataformas de ODR acomodam os serviços gerenciados por terceiros e fornecem ferramentas e software para mecanismos de resolução de disputas. E, auxiliando esse trabalho multidisciplinar, atuam também os provedores de serviços ODR, que compreendem entidades legais que realizam atuam nas ODR, a pedidos de terceiro em conflito, em atividades de mediação, conciliação e arbitragem por meio de um painel de especialistas (VILALTA, 2010).

Por fim, tem-se presente a fase prática, de preparação do instrumento legal, que é realizado com base nos dados mapeados e dissecados nas etapas anteriores. E, nesse sentido, propostas surgiram no âmbito de harmonização pan-europeu, destacando-se a de Pablo Cortes, que abordou a regulamentação para disputas consumeristas no âmbito da União Europeia. Pablo fundamentou sua proposta “na ideia de que a regulamentação de algumas normas garante a aplicação da proteção do consumidor”, abrindo caminho para os métodos privados de resolução de conflito entre esse público, impactando diretamente no crescimento do mercado interno (VILALTA, 2010).

Dentre os modelos de ODRs, apresenta-se a mediação, destacando-se que a mediação não trabalha com o triângulo “posição, direito e provas”, mas sim com as relações e com os interesses dos indivíduos envolvidos naquele conflito, trazendo à tona uma abordagem bastante humanizada. Importantíssimo lembrar que ganhar um processo não implica dizer que se resolveu um problema.

Em geral, a mediação pode ser definida como um processo de construção, reparação do vínculo social e gerenciamento de conflitos da vida cotidiana, em que um terceiro imparcial e independente, sem outros poderes além da autoridade livremente reconhecida pelos parceiros (chamados de “mediadores”) tentam através da organização de trocas entre pessoas ou instituições seja para ajudá-los a melhorar, seja para estabelecer um relacionamento ou para resolver um conflito⁹.

Ademais, ressalta-se que a mediação não é algo inovador, tendo caminhado com a humanidade desde os primórdios da civilização. Contudo, o avanço da humanidade, em específico no que tange o mundo ocidental, contribuiu para que esse modelo perdesse espaço para os métodos mais elaborados de resolução de conflitos.

Hoje, esse método alternativo já se encontra tutelado no ordenamento jurídico nacional, estando presente tanto na Constituição Federal, como também no Código de Processo Civil.

Há a urgência, dessa forma, de que o judiciário seja utilizado nos casos de maior complexidade e em que tenham restado infrutíferas as tentativas de auto-composição. E os dados são animadores: dos 84% casos mediados, 72% realizaram acordos; e dos quais 95% foram cumpridos¹⁰.

Levando em consideração a urgência nessa matéria, em 2015 foi criada a primeira plataforma especializada na resolução de conflitos jurídicos extrajudiciais do Brasil, a MOL (Mediação Online), que compreende uma ferramenta que participa de todas as fases

9. Do original: “Globalement, on peut définir la médiation comme un processus de construction, de réparation du lien social et de gestion des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial, indépendant, sans autres pouvoirs que l'autorité que lui reconnaissent librement les partenaires (appelés « médiateurs » ou parfois « médiés ») tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider soit à améliorer, soit à établir une relation, ou de régler un conflit”. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. Le concept de médiation et l'urgence théorique. **Les cahiers du CREMOC**, v. 35, p. 17-25, 2002. p. 20.

10. Disponível em <www.ibge.gov.br/novo-portal-estatisticas-do-site.html>. Acesso em 31 mai 2020.



da mediação, desde a recepção da problemática, ao agendamento, à resolução de conflito e ao armazenamento dos dados. Essa iniciativa permite uma melhor acessibilidade, agilidade e contribui para o baixo custo desse método resolutivo.

A mediação online, no entanto, não se adapta a todas as formas de procedimento. “A utilização da internet muda as regras de comunicação, gerando um certo déficit de subjetividade e elementos verbais que, por vezes, evitam ruídos de comunicação” (PUREZA, 2019, p. 37). De qualquer forma a mediação online traz muito mais benefícios do que obstáculos. A ferramenta, em seu modelo offline, é reconhecida por sua flexibilidade procedimental, característica que atrai partes em busca de uma metodologia de resolução de conflitos que se adeque às suas demandas. Tal flexibilidade é ainda maior na forma online da mediação, tendo em vista as diversas ferramentas disponíveis para facilitar a comunicação entre as partes. “Além disso, é possível gerar soluções mais criativas e decisões ainda mais rápidas, tendo em vista três grandes vantagens apontadas por Goodman, são elas: economia, conveniência e a ausência de problemas jurisdicionais” (PUREZA, 2019, p. 37).

A primeira delas é verificada quando comparada aos custos normais que se tem ao ingressar no Judiciário, uma vez que o valor dispendido tende a ser menor dada ausência de necessidade de locomoção e pelo fato do próprio procedimento ser mais rápido. Além disso, há casos em que se dispensa a atuação de advogado, o que torna ainda mais barato o procedimento feito pelo meio cibernético. A conveniência, por sua vez, é verificada quando constatada a dispensabilidade de presença física para o prosseguir do procedimento. Do contrário, disputas online podem ocorrer mesmo se as partes estiverem a quilômetros de distância uma da outra, tendo em vista que podem ser realizadas videoconferências e trocas de mensagens instantâneas. Segundo Goodman, “as partes estão aptas a participar na negociação quando elas estiverem prontas e em horas convenientes” (PUREZA, 2019, p. 37).

Outro ODR é a negociação, que, como ADR (*alternative dispute resolution*), pode ou não contar com a participação de uma terceira parte. Porém, “nos casos que a intervenção do terceiro na negociação consista em tratar de colocar as vantagens de um acordo frente a um pleito incentivando os sujeitos a alcançar o compromisso, tem-se uma conciliação”¹¹. A negociação é “o processo no qual as partes comunicam suas divergências à outra, por meio de reuniões, discussões e compromissos, na tentativa de resolvê-los” (NETO, 2006, p. 02). Existem dois tipos de negociação, a competitiva e a cooperativa. Na primeira, os negociadores defendem os interesses de quem representam, o objetivo é ganhar a negociação; já na última, são identificados os interesses das partes, a fim de conciliar os interesses comuns (NETO, 2006).

É possível citar três grandes exemplos de sistemas de *e-Negotiation* que obtiveram êxito, dentre eles, plataforma *CyberSettle*, criada em 1996 por Charles Brofman, uma plataforma de negociação com a opção de negociação via telefone, que realizou, até o momento, aproximadamente 200.000 transações, o que significa um montante de aproximadamente 1,5 bilhões de dólares em acordos. O método foi utilizado pela cidade de Nova Iorque, que negociou mais de 60% dos casos em que figurava como parte nos primeiros 30 dias de utilização da plataforma (LEVIN, 2018).

11. Do original: “Así, em los casos em los que la intervención del tercero em la negociación consista em tratar de poner de manifiesto las ventajas de um acuerdo frente a um pleito incentivando a los sujetos a alcanzar la avenencia, estaremos ante una conciliación”. CARRASCO BLANCO, M. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. **Reus, Madrid**, 2009. p. 18.



Aqui no Brasil, conforme anteriormente mencionado, temos a plataforma consumidor.gov, uma iniciativa estatal que permite o contato direto de fornecedores e consumidores de forma virtual.

Monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e também por toda a sociedade, esta ferramenta possibilita a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada: atualmente, 80% das reclamações registradas no **Consumidor.gov.br** são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias¹².

A plataforma foi lançada em 2014, mas seu destaque se deu nos anos de 2018 e 2019, quando resultaram em índice de resolução de conflitos superiores a 80% e “a se divulgar com mais ênfase – com o suporte de lideranças de tribunais de justiça estaduais, órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, inclusive – que demandas de consumidores poderiam ser resolvidos em questão de dias, e não de anos” (MARQUES, 2019, p. 15).

Em 2018, indica-se que 99,3% das reclamações feitas por consumidores foram respondidas, em um prazo médio de 6,4 dias, conforme estudos realizados a partir da base pública da plataforma (que permite, assim, “extrair informações importantes sobre o perfil dos consumidores, as causas das reclamações, a eficiência do serviço”).⁹⁶ E em comparação com a plataforma de proposta semelhante criada na União Europeia (embora ambas possuam características e escopos diversos), a brasileira tem demonstrado números bastante mais expressivos até o momento, além de ser dedicada também a conflitos do mundo off-line (MARQUES, 2019, p. 15).

Diante dessa iniciativa do Estado, pode-se perceber a necessidade de se recorrer a métodos online de resolução de conflitos, de modo que propicia o reconhecimento da alta demanda judicial, fator que incorre na necessidade de busca por novas alternativas

Ainda no que tange o ODR tem-se o destaque da arbitragem. A arbitragem online, é, dessa forma, aquela que se dá por meio virtual/online. Nela, a parte requerida é informada por meios eletrônicos acerca da demanda, e oferece sua resposta da mesma maneira e, caso não o faça, o painel de árbitros escolhidos decidirá com base na documentação e nas evidências apresentadas pela requerente no momento do requerimento (BARROS, 2015).

A lista de árbitros é definida também via online, e a decisão é proferida no escopo da plataforma escolhida pelas partes. As audiências acontecem através de videoconferência, o que traz ainda mais celeridade aos procedimentos por diminuir as fronteiras geográficas.

Há várias instituições tradicionais de arbitragem que promovem e difundem o conceito da arbitragem online. Dentre elas, a mais famosa, a WIPO (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), referência mundial em resolução de conflitos que envolvem conflitos empresariais de marca, possui um centro próprio de arbitragem e mediação criado em 1994 e realiza arbitragens online desde 2010 (PUREZA, 2019).

12. FEDERAL, Governo. **Sobre o Serviço**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages /conteudo/ sobre-servico>. Acesso em: 30 maio 2020.



CONCLUSÃO

A problemática aqui apresentada é um forte demonstrativo da necessidade de se mudar uma cultura litigante enraizada não só no Brasil, mas também mundialmente. Para tanto, se faz urgente que os juristas reconheçam a função social de seu trabalho como instrumento de pacificação social, abrindo horizontes para canais que vão além do mecanismo judicial. Isto significa adotar um novo olhar quanto aos métodos resolutivos de conflitos, acolhendo as ADRs e adaptando suas ferramentas ao cenário atual.

Este trabalho buscou demonstrar que existem alternativas aos métodos resolutivos atualmente utilizados, que ainda se delimitam ao contato físico, podendo-se adotar uma via 100% online, efetiva, célere e de menor custo, que são os ODRs. Nascido do comércio eletrônico, tem potencial para expandir para áreas que vão além direito do consumidor, sem contar que pode ser usado amplamente pelos advogados.

Os modelos de ODRs aqui expostos são a mediação, a negociação e a arbitragem online, cada meio gozando de características próprias que devem ser levadas em consideração para que se possibilite a escolha da mais apropriada para resolver determinado conflito.

Por fim, conforme explanado no decorrer do presente trabalho, essas ferramentas, já emergentes em um cenário pré-pandemia, têm um enorme potencial de se desenvolverem ainda mais no contexto do COVID-19, em especial pelo mundo estar mais imerso do que nunca no mundo digital. Dessa forma, observa-se a urgência quanto à capacitação dos operadores do Direito acerca dessas novas formas de atuação, uma vez que a humanidade encara o cenário ideal para a proliferação da prática das ODRs.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago 2017.

BARROS, João Pedro Leite Barros. **Arbitragem Online em conflitos de consumo: Lições para o sistema judicial brasileiro**. Jota. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-online-em-conflitosde-consumo-20072019>>. 57MANIA, Karolina. Online Dispute Resolution: the future of justice. *International Comparative Jurisprudence*, v. 1, 2015.

CARRASCO BLANCO, M. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*. **Reus, Madrid**, 2009.

FEDERAL, Governo. **Sobre o Serviço**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 30 maio 2020.

GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana. **Mediación: una transformación en la cultura**. Paidós, 1996.

LEVIN, Diane J. CyberSettle makes the case for resolving disputes online. *Mediation Channel*. Boston. Fev, 2018. Disponível em: <https://mediationchannel.com/2008/02/20/cybersettle-makes-the-case-for-resolvingdisputes-online/>. Acesso em 31 de outubro de 2019.



GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. Le concept de médiation et l'urgence théorique. **Les cahiers du CREMOC**, v. 35, p. 17-25, 2002.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. : a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito**, [s.l.], v. 3, n. 50, p. 53-70, 5 set. 2016. APESC - Associação Pro-Ensino em Santa Cruz do Sul. <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.8360>.

KATSH, Ethan e RIFIKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001. 34 BAJREKTAREVIC, Anis H.; IMANULLAH, Moch Najib; LATIFAH, Emmy. The shifting of alternative dispute resolution: from traditional forme to the online dispute resolution. *Brawijaya Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 27-37. Disponível em <http://dx.doi.org/10.21776/ub.blj.2019.006.01.02>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

MAIA, Karolina. **Online Dispute Resolution: the future of justice**. *International Comparative Jurisprudence*, v. 1, 2015, p 76-87.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE (ODR): DO COMÉRCIO ELETRÔNICO AO SEU EFEITO TRANSFORMADOR SOBRE O CONCEITO E A PRÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA. **Revista de Direito e As Novas Tecnologias**, [s.l.], v. 5, p. 1-38, out. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3525406. Acesso em: 29 maio 2020.

MELO, Lília Maranhão Leite Ferreira de Melo. **Arbitragem online na solução de conflitos originados de relações de consumo no comércio eletrônico**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, 2013.

NETO, Francisco Gonçalves. Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da Mediação. **Acedido no dia**, v. 29, 2006.

PUREZA, Isabela Lopes. **ONLINE DISPUTE RESOLUTION E OS NOVOS MODELOS DE ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL**. 2019. 64 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

VILALTA, Aura Esther. Legal framework and harmonization of ADR/ODR methods. **Journal Of Law And Conflict Resolution**, Law And Political Science Department, University Of Catalonia (uoc), v. 2, n. 7, p. 103-107, ago. 2010. Disponível em: <http://www.academicjournals.org/jlcr>. Acesso em: 29 maio 2020.



ANIMAIS COMO TITULARES DE DIREITOS TUTELADOS JURIDICAMENTE: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NOS CASOS DE MAUS-TRATOS E A REALIDADE NA CIDADE DE JOINVILLE/SC

Eduarda Cintra Machado¹
Eliezer José Bonan Junior²

Resumo: O objeto de pesquisa do presente artigo girou em torno da possibilidade de os animais serem reconhecidos como titulares de direitos tutelados juridicamente, havendo aplicação por parte do Estado de sanções penais, civis e administrativas pela violação dos seus direitos, especialmente nos casos de maus-tratos, com enfoque na realidade da cidade de Joinville/SC. A hipótese inicial pautou-se na concepção de que os animais são seres sencientes, que demonstram sentimentos e sofrimento, e devem ser considerados como titulares de direitos e protegidos juridicamente, especialmente nos casos de maus-tratos, o que, entretanto, não ocorre na prática, possivelmente porque as previsões do ordenamento jurídico brasileiro e municipal e a atuação dos órgãos responsáveis da cidade de Joinville/SC não são suficientes para garantir o bem-estar animal e impedir as violações de direitos por maus-tratos. Utilizou-se o método de pesquisa dedutivo e os métodos de procedimento monográfico e comparativo. As técnicas de pesquisa foram: bibliográfica, documental e pesquisa de campo com levantamento de dados qualitativos por meio de entrevista estruturada. Ao final da pesquisa, confirmou-se a hipótese inicial, constatando-se que, de fato, as consequências civis, penais e administrativas previstas no ordenamento jurídico e a atuação dos órgãos responsáveis na cidade de Joinville/SC não são suficientes para garantir o bem-estar animal e impedir as violações de direitos por maus-tratos. Há necessidade de penas mais graves, prisão em flagrante, conscientização da população e efetividade nas Políticas Públicas.

Palavras-chave: Animais como Titulares de Direitos. Tutela Jurídica dos Animais. Consequências Jurídicas dos Maus-Tratos.

INTRODUÇÃO

O objeto de pesquisa desde artigo foi a análise dos animais como titulares de direitos tutelados juridicamente e das consequências jurídicas nos casos de maus-tratos, com ênfase na realidade na cidade de Joinville/SC identificada por pesquisa de campo.

O problema de pesquisa proposto foi: É possível que os animais sejam reconhecidos como titulares de direitos tutelados juridicamente, havendo aplicação por parte do Estado de sanções penais, civis e administrativas pela violação dos seus direitos, especialmente nos casos de maus-tratos, com enfoque na realidade da cidade de Joinville/SC?

A hipótese inicial pautou-se na seguinte resposta à pergunta proposta: Considerando-se a vida, a integridade física e o bem-estar dos animais como seres sencientes, que demonstram sentimentos e sofrimento, estes devem ser considerados como titulares de direitos, e, logo, protegidos e tutelados juridicamente, especialmente nos casos de maus-tratos (MÓL; VENANCIO, 2014; TEIXEIRA NETO, 2017). Todavia as consequências penais, civis e administrativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e nas normas jurídicas municipais, bem como a atuação dos órgãos governamentais da cidade de Joinville/SC não são suficientes para garantir o bem-estar animal e impedir as violações de direitos por maus-tratos.

A importância da pesquisa tanto no campo acadêmico, quanto jurídico e social é evidenciada pelo crescente movimento de proteção dos animais, sendo de extrema

1. Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville (SC). E-mail: dudacintra00@gmail.com.

2. Advogado e Consultor Jurídico. Professor Mestre dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Escola de Direito do Centro Universitário – Católica de Santa Catarina em Joinville. E-mail: eliezer.bonan@catolicasc.org.br.



importância elevar os animais a titulares de direitos a fim de garantir sua tutela jurisdicional frente a crimes, como abandono, maus-tratos, morte, etc. A visão que se tinha de um animal era para mera distração ou, até mesmo, para fonte de renda. Porém, atualmente, eleva-se a sua proteção frente à ação humana e já se discute a guarda e o direito de visita, em processo de divórcio, como ocorreu em processo na comarca de Joinville/SC. Nessa sentença, a juíza foi objetiva ao dizer que “não se trata de equiparar os cachorros aos filhos, aos seres humanos. O que se busca é reconhecer que nem sempre os animais devem receber tratamento de coisa ou de objeto” (G1 SC, 2019).

O estudo sobre a mudança dessa concepção é imprescindível diante da percepção de que os animais são seres vivos sencientes e, portanto, passíveis de sentimentos e sofrimento. Não se pode equiparar o animal ao ser humano. Porém, não se pode negar a necessidade de proteção e tutela jurídica aos animais, especialmente diante dos casos de maus-tratos, violência, abandono e morte.

Diante disso, para responder à pergunta de pesquisa, definiu-se como objetivo geral: Analisar o reconhecimento jurídico dos animais como titulares de direitos tutelados juridicamente e a consequente aplicação por parte do Estado de sanções penais, civis e administrativas pela violação dos seus direitos, especialmente nos casos de maus-tratos, com pesquisa de campo por meio de entrevistas sobre a realidade da cidade de Joinville/SC.

Para alcançar o objetivo geral foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: a) analisar os conceitos gerais da relação entre os animais e o direito, e de seu reconhecimento como sujeito de direito; identificar como se dá a tutela jurídica dos animais, em vista das previsões do ordenamento jurídico sobre os seus direitos; c) identificar as consequências penais, civis e administrativas aplicáveis nos casos de maus-tratos; d) examinar os dados qualitativos levantados na de pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas sobre a realidade da proteção animal por maus-tratos na cidade de Joinville/SC.

No decorrer do trabalho utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, uma vez que a pesquisa inicia pela análise dos conceitos gerais da relação entre os animais e o direito, e de seu reconhecimento como titulares de direito. Na segunda parte a pesquisa trata da tutela jurídica dos animais, analisando as previsões do ordenamento jurídico sobre os direitos dos animais. Por fim, discutem-se as consequências penais, civis e administrativas aplicáveis nos casos de maus-tratos, constatando-se, por meio de pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas sobre a realidade da cidade de Joinville/SC.

O método de procedimento principal utilizado foi o monográfico, elencando conceitos previamente estabelecidos para chegar a conclusões. Em alguns momentos da pesquisa utilizou-se o método de procedimento comparativo, confrontando-se as os resultados obtidos na pesquisa bibliográfica e documental com os dados levantados na pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica, a documental e a pesquisa de campo com levantamento de dados qualitativos por meio de entrevista estruturada com perguntas predeterminadas, que foram enviadas por e-mail com a identificação das informações relevantes da pesquisa e a autorização dos entrevistados para divulgação dos resultados. A seleção dos entrevistados utilizou o critério de conhecimento de causa. Primeiro, tentou-se a entrevista com os responsáveis pelos órgãos governamentais que tem por finalidade a proteção dos direitos dos animais. Não sendo possível, em seguida tentou-se a entrevista com responsáveis por órgãos não governamentais de proteção



animal, sendo obtida duas entrevistas concedidas pela Sra. Liliâne Freitas Lovato da FRADA - Frente de Ação pelos Direitos Animais e pela Sra. Sandra Cristina Nachtigall do Abrigo Animal de Joinville/SC. Daí partiu-se para o âmbito público e personalidades públicas com interesse na causa animal, sendo obtida uma entrevista com a Vereadora Tânia Regina Larson.

Na primeira seção abordou-se os conceitos essenciais ao entendimento do animal enquanto ser vivo, sua capacidade de poder sentir – senciência – e enquanto titulares de direitos. Na sequência foi tratado sobre o sentimento e o sofrimento animal e a definição de maus-tratos. Por fim, foram analisadas as concepções de animais como coisas e como titulares de direitos.

Na segunda seção estudou-se a tutela jurídica dos animais no ordenamento jurídico. Inicialmente foi explanado acerca da norma de direito internacional que regulamenta o assunto: a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. Na sequência foi identificado no ordenamento jurídico brasileiro quais as normas que regem a proteção dos animais, iniciando pelas previsões da Constituição Federal de 1988, passando pelo entendimento do Código Civil de 2002 e chegando às Leis ambientais brasileiras, especialmente a Lei de Crimes Ambientais. Ao concluir o capítulo foi analisada a posição do Poder Judiciário brasileiro acerca da proteção dos animais.

Na terceira e última seção foram abordadas as consequências jurídicas – penais, civis e administrativas – da violação dos direitos dos animais, bem como a responsabilidade civil dos órgãos estatais nos casos de maus-tratos para garantia efetiva dos direitos dos animais. Por fim, foram analisados os dados qualitativos levantados na pesquisa de campo realizada identificando-se a realidade da proteção dos animais vítimas de maus-tratos na cidade de Joinville/SC.

1. ANIMAIS X DIREITO – UMA ANÁLISE BIBLIOGRÁFICA

No presente capítulo serão abordados conceitos essenciais ao entendimento do animal enquanto ser vivo, sua capacidade de poder sentir – senciência – e enquanto titulares de direitos. Para tanto serão brevemente debatidas as teorias de antropocentrismo e biocentrismo. Na sequência será tratado sobre o sentimento e o sofrimento animal e a definição de maus-tratos. Por fim serão analisadas as concepções de animais como coisas e como titulares de direitos.

1.1 Sentimento e Sofrimento Animal: Definição de Maus-Tratos

O presente tópico busca abordar a abrangência do sentimento animal, a já citada anteriormente senciência, evidenciando e, até mesmo, comparando o que assemelha o sentimento humano do sentimento animal, visto que estes podem sofrer tanto quanto os humanos. Dando sequência, busca-se definir o que é maus-tratos para com os animais, abordando juridicamente as leis que visam dar tal proteção. Por fim, expõe-se o crime de violação de domicílio e suas hipóteses, enquadrando o caso de maus-tratos aos animais ser considerado válido, levando-se em consideração que é crime e, em casos de crimes, é válida a violação.

Os sentimentos/emoções não dizem respeito somente aos humanos. O “poder-morrer” e o “poder-sofrer” também se faz presente nas outras formas de vidas e é isso que os humanos tem em comum com os animais não humanos.

Teixeira Neto (2017) explica que a diferença entre o “poder-morrer” e o “poder-sofrer” do homem para o animal é que o animal morre e/ou sofre, mesmo que não compreenda as razões disso. Já o homem, além compreender o porquê morre e o porquê



sofre, ele compreende também o sofrimento e morte do animal. Tal fato evidencia a diferença entre ser “formador de mundo” e ser “pobre de mundo”. O animal é tido como mais frágil e, portanto, morrer e sofrer são possibilidades constantes.

Darwin (1859 *apud* SOUSA, 2019) já abordava de forma clara o sentimento animal em sua obra intitulada “A origem das Espécies”:

O homem e os animais superiores têm todos os mesmos sentidos, as mesmas instituições e as mesmas sensações, têm paixões, afetos e emoções similares, até mesmo os mais complexos como o ciúme, a suspeita, a emulação, a gratidão e a magnanimidade: eles enganam e se vingam; têm as vezes o senso do ridículo e até um senso de humor; sentem espanto e curiosidade; possuem as mesmas faculdades de imitação, atenção, deliberação, escolha, memória, imaginação, associação de ideias e raciocínio, embora em graus muito diferentes.

Conforme Beck e Reis (2016), a neurociência estuda a anatomia, a fisiologia, a bioquímica, a biologia molecular dos nervos e do tecido nervoso e principalmente, sua relação com o comportamento e aprendizagem, com o crescente desenvolvimento da tecnologia “a capacidade de manipulação dos neurônios foi aumentada, parte dos pesquisadores argumenta que o estado de consciência surge do neocórtex que é muito desenvolvida em primatas destacando-se no *Homo sapiens*”, essas pesquisas trouxeram os pesquisadores para a descoberta de uma maior capacidade cognitiva de animais.

Em julho de 2012, a comunidade científica³ assumiu publicamente a existência de consciência nos animais quando na Declaração de Cambridge sobre a Consciência, afirmou que:

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 dos estados de consciência juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Conseqüentemente, 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 aves, e muitas outras criaturas, incluindo os polvos, também possuem esses substratos neurológicos (SOUSA, 2019).

Embora a ciência não compreenda integralmente o mecanismo preciso pelo qual ocorre a formação da consciência e sentimentos, há evidências suficientes para comprovar que o ser humano não é o único ser senciente.

O termo senciência é encontrado em dicionários como o Michaelis (2019), por exemplo, como aquele “que sente ou tem sensações; sensível” e, embora esteja intimamente ligado a expressão “capacidade para sofrer”, possuem diferenças, sendo este segundo ainda mais amplo que o primeiro termo.

A “capacidade para sofrer” vai além da sensação física de dor e abrange, até mesmo, um estado emocional desagradável, como sentimento de abandono, tristeza, abatimento.

Para Singer (2002), frente ao sofrimento de um ser não há justificativa de ordem moral para que se recuse a considerar este sofrimento. Independente da natureza do ser, o princípio da igualdade tem de prevalecer e exige que o sofrimento seja levado em consideração em termos de igualdade com o sofrimento semelhante.

3. Foi publicada por três importantes neurocientistas: David Edelman do Instituto de Neurociências em La Jolla, California; Philip Low da Universidade de Stanford; e Christof Koch do Instituto de Tecnologia da California (SOUSA, 2019).



Para Francione (2015), o conceito de senciência ultrapassa o “sentir dor”. A senciência é o limite que separa os seres vivos que podem e aqueles que não podem ter direitos.

Nesse sentido, entende o autor que assim como os humanos tem a capacidade de suportar uma dor a nível insuportável a fim de se manter vivo, os animais também podem se submeter à extremos para garantir seu viver, exemplo disso é o cão que corta fora – a mordidas – sua pata presa em armadilha. Para o autor, a senciência é fruto da evolução, que assim como a Teoria de Darwin, acreditam que sobrevivem os que melhor se adequem às situações.

Ainda nessa linha de raciocínio, negar que um ser que evoluiu a ponto de desenvolver consciência da dor e do prazer busca permanecer vivo, é querer dizer que o ser consciente não tem mais interesse em permanecer assim (FRANCIONE, 2015). Ainda nessa linha tênue entre homem x animal, Hume (1999) em seu livro *Investigação Acerca do Entendimento Humano*, descreve tal vínculo trazendo a experiência como um ponto em comum entre ambas espécies:

Em primeiro lugar, parece evidente que os animais, como os homens, apreendem muitas coisas da experiência e inferem que os mesmos eventos resultarão sempre das mesmas causas. Mediante este princípio, familiarizam-se com as propriedades mais evidentes dos objetos externos, e gradualmente, a partir de seu nascimento, acumulam conhecimentos sobre a natureza do fogo, da água, da terra, das pedras, das altitudes, das profundidades etc., e daquilo que resulta de sua ação. [...] Um cavalo habituado ao campo familiariza -se com a altura apropriada que pode saltar e nunca tentará superar aquela que ultrapassa suas forças e habilidades. [...] as conjeturas que faz neste caso não têm outro fundamento senão sua observação e experiência (HUME, 1999, p. 71).

Ou seja, tanto o homem quanto o animal buscam o conhecimento na experiência, fator fundamental ao desenvolvimento do ser.

Outra forma de analisar a abrangência do sentimento animal é através da empatia que, conforme Michaelis (2019), é a “habilidade de imaginar-se no lugar de outra pessoa; compreensão dos sentimentos, desejos, ideias e ações de outrem”. Ou seja, a capacidade de imaginar o que sentiria se estivesse no lugar do outro.

No caso dos animais, é só levar em conta as seguintes máximas abordadas:

Como se sente um animal selvagem no zoológico? Como se sente o boi no rodeio? Como se sente o elefante no picadeiro? Como se sente um pássaro detrás das grades, vendo o horizonte à sua frente? Como se sente o boi no corredor de abate? Como se sente a vaca ao ser separada da sua cria? E o bezerro, recém-nascido, sem o peito da mãe, como se sente? (MÓL, 2017, p. 31).

Mól (2017) ainda evidencia um fato presente na forma de nos relacionar para com os animais: assim como há leis protegendo os animais contra certas crueldades humanas, há crueldades legalmente amparadas e socialmente aceitas que não visam a integridade e bem-estar animal, ferindo, maltratando, causando sofrimento a estes. Tal fato só será mudado através da conscientização, da sensibilização, e compreensão das pessoas quanto as necessidades e fragilidades dos animais.

Diante todo o exposto, conclui-se que os animais são tão seres vivos quanto nós e, portanto, precisam de coisas semelhantes para seu bem-estar e é inegável a presença de sentimentos nos animais. Portanto, são dignos de respeito, amor, amparo e proteção jurídica efetiva. Seguindo essa linha de raciocínio, cabe agora definir o que é maus-tratos na busca de proteção efetiva legal para com os animais.



A definição de maus-tratos animal abrange áreas jurídicas que, inevitavelmente, relacionam-se entre si – Direito Animal x Direito Ambiental. Embora cada área tenha conteúdo, princípios, especificidades e peculiaridades próprias, que, por vezes, acabam por colidir-se, o diálogo entre direito animal e direito ambiental se difere na parte teórica que não mais permite a regência do primeiro pelo último (PAZZINI, 2017).

O Direito Ambiental “tem por escopo resolver problemáticas atinentes ao meio ambiente que se referem à atuação humana sobre tal, incorporando medidas jurídicas que propiciem melhorias das condições de vida no planeta” (SIRVINSKAS, 2008, *apud* PAZZINI, 2017). Ou seja, não vê o animal enquanto indivíduo, mas sim coletividade – fauna – bem ambiental, tratado “de acordo com a sua finalidade e utilidade ao humano” (FIORILLO, 2004 *apud* PAZZINI, 2017).

Já o Direito Animal refere-se às questões jurídicas que englobam as relações dos animais com a natureza e com outros seres. “Animais são retirados da categorização de objeto para figurarem como sujeitos da relação jurídica, possibilitando que seus interesses sejam juridicamente protegidos” (SILVA, 2014 *apud* PAZZINI, 2017).

Ou seja, adota-se uma concepção clara de direitos inerentes, a fim de proteger os animais contra possíveis abusos do Estado e da sociedade, tal como também se observa nos direitos humanos. Para Pazzini (2017), os “humanos e animais compartilham de uma condição política e de classe, compondo de maneira harmônica uma visão geral de direitos a todos os seres”.

Segundo Regan (2013, *apud* PAZZINI 2017):

[...] a teoria que sustenta a causa dos direitos dos animais demonstra que o movimento dos direitos dos animais, é parte, não antagônica, do movimento dos direitos humanos. A mesma teoria que fundamenta racionalmente os direitos dos animais também fundamenta os direitos humanos. Aqueles que estão envolvidos nos direitos dos animais são parceiros na luta para assegurar o respeito aos direitos humanos – os direitos das mulheres, por exemplo, das minorias ou dos trabalhadores. O movimento dos direitos dos animais é cortado no mesmo tecido moral dos direitos humanos.

Diante do exposto, buscou-se demonstrar o sentimento e o sofrimento animal e esclarecer o que são maus-tratos para com animais, já sendo possível perceber que os animais devem ser reconhecidos como titulares de direitos e, portanto, precisam de amparo legal. Nos próximos tópicos serão analisadas as concepções de animais considerados como coisas e como titulares de direitos.

1.2 Animais como Titulares de Direito

No presente tópico, remete-se – novamente – às ideias de senciência e biocentrismo. Bentham (2000 *apud* GALVÃO, 2011) expõe sua visão, apontando a capacidade de sofrer como característica vital que dá a um ser o direito a uma consideração igual:

Poderá chegar o dia em que o resto da criação animal adquira aqueles direitos que só a mão da tirania lhe poderia ter retirado. Os franceses já descobriram que a negrura da pele não é razão para entregar irremediavelmente um ser humano ao capricho de um algoz. Um dia poderá reconhecer-se que o número de patas, a vilosidade da pele ou o término do os sacrum são razões igualmente insuficientes para entregar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa deverá traçar a fronteira insuperável? Será a faculdade da razão ou, talvez, a faculdade do discurso? Mas os cavalos ou os cães adultos são animais incomparavelmente mais racionais ou comunicativos do que um bebê de um dia, uma semana ou



mesmo um mês. Mas, supondo que isto não era verdade, que importaria isso? A questão não é <Será que podem raciocinar?> nem <Será que podem falar?>, mas <Será que podem sofrer?> (BENTHAM apud GALVÃO, 2011, p. 33).

A senciência também é chamada de capacidade de sofrimento ou sensibilidade animal. Naconecy (2006) sustenta que a negação da “experiência consciente de sofrimento”, nos animais, “seria incompatível com os resultados das ciências biológicas”.

Em outras palavras, a senciência é a capacidade de sentir prazer ou dor (bem-estar ou sofrimento) e estar consciente de si próprio ou apenas do ambiente que o cerca.

Ou seja, além de o animal ter a capacidade de sentir, ele se importa com o que sente. Segundo Teixeira Neto (2017), a título de proteção dos animais, o que interessa nessa capacidade de sentir é que os animais podem vivenciar dor e sofrimento.

Conceituando dor, para Feijó (2005) tem-se algo semelhante à espécie animal: a forma como os animais registram, transportam, processam e modulam os sinais nociceptivos – estruturas especializadas em perceber estímulos de natureza desagradável - e em circunstâncias muito semelhantes às dos seres humanos. A dor, para Feijó, é “uma percepção, uma sensação subjetiva, trazendo como consequência a ativação do sistema nociceptivo”. Já o sofrimento, ultrapassa a perspectiva sensorial, atingindo, assim, o emocional. É caracterizado como “desagradável” e acompanhado do “desejo” pelo seu término, algo que “reduz a qualidade de vida do indivíduo” (NACONECY, 2006, p. 116).

Feijó (2005) e Teixeira Neto (2017) defendem que é necessária a compreensão de que qualquer estímulo que ative nociceptores ou estruturas similares, produzindo resposta aversiva, é um estímulo doloroso. Preocupar-se com a minimização de tais estímulos, no trato com animais, é uma atitude eticamente adequada. Pensar dessa maneira resulta na assunção de responsabilidades, levando ao tratamento cuidadoso dos animais.

Sobre senciência, biocentrismo e o direito à vida tem-se:

Tanto a vida do homem quanto a do animal possuem valor. A vida é valiosa independentemente das aptidões e pertinências do ser vivo. Não se trata de somente evitar a morte dos animais, mas dar oportunidade para nascerem e permanecerem protegidos. A gratidão e o sentimento de solidariedade para com os animais devem ser valores relevantes na vida do ser humano (RODRIGUES, 2008, p. 55).

Ainda se tem em Regan (2003, apud GALVÃO, 2008) a discussão sobre os sujeitos-de-uma-vida. Estes são seres conscientes do mundo e conscientes do que se passa no interior, na vida que decorre por trás dos seus olhos. Portanto:

Os sujeitos-de-uma-vida são algo mais que matéria animada, são algo diferente das plantas que vivem e morrem; os sujeitos-de-uma-vida são o centro experienciante das suas vidas, são indivíduos que têm uma vida que, experiencialmente, corre melhor ou pior para si mesmos, de forma logicamente independente do valor que têm para os outros. Pelo menos no caso dos mamíferos e das aves, então, a conclusão a que chegamos é bem simples: é um facto que esses animais, como nós, são sujeitos-de-uma-vida (REGAN, 2003, apud GALVÃO, 2008, p. 55).

Pode-se concluir, portanto, que ter valor inerente equivale a existir sem ter caráter utilitarista, econômico ou visando interesses humanos. Os animais devem ser respeitados em suas individualidades e direitos morais – vida, integridade física e liberdade.



Singer (2010), um dos grandes defensores da causa animal, reconhece que a maioria dos seres humanos são especialistas – acreditam que a raça humana é superior às demais. Para o autor essa visão é alvo de críticas e motiva – ainda mais – a busca pela ruptura da visão antropocêntrica, que também predomina no universo jurídico.

Por outro lado, para Teixeira Neto (2017), reconhecer direitos aos animais rompe-se com a tradição imposta pela teoria feral do direito. Nesse reconhecimento de direitos aos animais, há dificuldades teóricas expressivas, como por exemplo: os animais enquanto sujeitos de direitos, seriam sujeitos de relações jurídicas, então não poderiam ao mesmo tempo ser objeto de relações jurídicas, então não poderiam ser comercializados.

E não para por aí, se os animais fossem sujeitos de direitos, ou possuiriam direito à vida ou não possuiriam direito à vida, sendo, assim, incoerente, por não possuírem o mais básico dos direitos, a vida.

No entanto, caso reconhecido o direito à vida, cria-se um problema maior: a necessidade da intervenção estatal na liberdade individual, pois o Estado teria que proibir/restringir o consumo de carne, por exemplo. E levando em consideração que a maioria da população se alimenta de carne, tal proibição colidiria com o paradigma constitucional vigente.

Na visão do autor, há uma distinção entre sujeito de direito e titular de bens jurídico-penais. Pois, ser sujeito de direitos “é ser sujeito nas relações jurídicas em sentido amplo, para além do direito penal, possuindo a capacidade – ainda que meramente potencial – de contrair obrigações”. Em contrapartida, ser titular de bem jurídico penal, é ser titular de um “valor” ou de um “interesse-da-vida” tão especial que vem a ser tutelado pelo mais gravoso ramo do direito, que é o direito penal (TEIXEIRA NETO, 2017, p. 39).

Para Pazzini (2017), o olhar para o animal, enquanto sujeito jurídico, deve se dar de forma ecológica, complexa, até mesmo holística, não negando aos direitos animais sua autonomia teórica ante sua especificidade de objeto.

Os animais, por serem portadores de uma vida e por terem interesse em manter essa vida – como ocorre com os seres humanos –, pressupõem um tratamento filosófico e jurídico individualizado. Por consequência, os direitos animais (analogamente aos direitos humanos), têm em foco a individualidade de cada um dos seres que representam, sobrelevando seus respectivos valores intrínsecos. Em outras palavras, a disciplina jurídica “direitos animais” defende cada animal na mesma medida que a disciplina “direitos humanos” defende cada um dos humanos, pelo que se entende (ainda que assim pareça para quem ainda conserva uma visão antropocêntrica, ou, no mínimo antrópica) que os direitos dos animais se aproximam mais dos direitos humanos do que do direito ambiental (PAZZINI, 2017, p. 13).

Ainda para Pazzini (2017), por outro lado, a natureza – objeto de tutela do meio ambiente – acolhe valores ecológicos e holísticos em prol da preservação do todo. Tem-se a concepção de cada indivíduo – independente de espécie – como uma simples nano peça de um todo amplo e complexo.

Kelsen, por exemplo, não via nenhum absurdo em considerar os animais sujeitos de direito, pois, para ele a relação jurídica não ocorre entre o sujeito de dever e o sujeito de direito, mas entre o próprio dever jurídico e o dever reflexo que lhe corresponde, de modo que um direito subjetivo não seria nada mais que o reflexo de um dever jurídico, posto que a relação jurídica é sempre uma relação entre normas: uma norma que obriga o devedor, e outra que faculta ao seu titular o poder de exigi-lo (GORDILHO, 2008, apud PAZZINI, 2017, p. 98).



Conclui-se então que ao dizer que os animais são titulares de direitos, está-se afirmando que são seres vivos beneficiados pela proteção e tutela jurídica por parte do Estado, nos mais diversos graus de relevância. Seja pela realidade do sentimento e sofrimento animal, seja pela proteção do meio ambiente e, até mesmo, pela proteção da propriedade⁴.

Ao final desta primeira seção, pode-se perceber que os animais são seres sencientes que capazes de sentir e sofrer. Assim, os animais são tão seres vivos quanto os seres humanos e, portanto, têm necessidades para seu bem-estar. Portanto, são dignos de respeito, amor, amparo e proteção jurídica efetiva. Por esse motivo a classificação jurídica dos animais como bens (patrimônio, propriedade, coisa) não leva em conta o fato de serem seres sencientes que demonstram sentimentos e sofrimento. Coisas são inanimadas. Animais são seres vivos! Portanto, como afirmado, os animais são titulares de direitos, e devem ser beneficiados pela proteção e tutela jurídica por parte do Estado, em todos os aspectos das suas necessidades.

2. TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS

A presente seção pretende o estudo da tutela jurídica dos animais nos ordenamentos jurídicos. Inicialmente será explanado acerca das principais normas de direito internacional que regulamentam o assunto que são a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Na sequência será identificado no ordenamento jurídico brasileiro quais as normas constitucionais que regem a proteção dos animais, constantes na Constituição Federal de 1988, analisando-se, brevemente o impacto da norma constitucional na posição do Poder Judiciário brasileiro acerca da proteção dos animais.

2.1 Declaração de Estocolmo e Declaração Universal dos Direitos dos Animais

Em 1972, ocorreu a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, regida por 26 princípios comuns que ofereciam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano. Tal declaração colocava o “homem como obra e ao mesmo tempo construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente”, ou seja, tem-se a ideia dos Direitos Difusos, que são direitos indivisíveis, que ultrapassam a esfera de um único indivíduo, onde a satisfação do direito em si deve atingir a uma coletividade indeterminada, porém, ligada por uma circunstância de fato (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Na Declaração supracitada, cabe destacar dois princípios que condizem – explicitamente – com a tutela do meio ambiente, incluída a proteção animal:

Princípio 2: Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento. [...] Princípio 4: O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio

4. Mesmo ao considerar os animais como bens jurídicos semoventes e, portanto, propriedade de um ser humano, ainda assim há de se falar na existência de um direito de proteção da “propriedade”. Muito embora o sujeito do direito de propriedade seja o indivíduo, mas o objeto da proteção e, portanto, o ser vivo que será protegido é o animal – inclusive garantindo-se direito à vida, à integridade física, à manutenção da existência, ao bem-estar e à proteção contra maus-tratos (PAZZINI, 2017).



da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Mól e Venancio (2014) destacam que vários países adotaram legislações de proteção à fauna. Tal fato levou ao surgimento de declarações de princípios internacionais, como no caso da “Declaração Universal dos Direitos dos Animais”, de 1978, proposta por ambientalistas à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. Tal orientação passou a ser modelo a ser seguido na formulação/aperfeiçoamento das legislações nacionais.

No Preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais estabelece que “todo o animal possui direitos”, porém, que “o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza” e, por isso, “a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978).

Todos os artigos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais são de extrema importância e denotam a necessidade de proteção e tutela de todos os animais. Dentro os artigos, pode-se destacar o art. 1º que afirma: “Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência”; o art. 2º que afirma: “a) Cada animal tem direito ao respeito [...]. c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem” e, especialmente, o art. 3º que expressamente protege os animais do sofrimento ao afirmar que “a) Nenhum animal será submetido a maus-tratos e a atos cruéis; [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978).

Conforme se percebeu, no âmbito internacional, a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais foram marcos regulatórios de extrema importância para que os países regulamentassem internamente a proteção dos direitos dos animais. Pode-se afirmar que tais Declarações foram utilizadas como fundamento para a criação de ações voltadas à proteção do meio ambiente como um todo e, conseqüentemente, à proteção dos animais.

Ou seja, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978) é clara, direta, assertiva, abrangente e totalmente voltada ao reconhecimento dos animais como titulares de direitos que necessitam de tutela jurídica específica para sua proteção contra o sofrimento – em todas as suas formas. Essa proteção é um dever de todo o ser humano e, especialmente do Estado, pois, conforme o art. 14 da Declaração “os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens”. Parece que essas leis, embora existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ainda carecem de implementação efetiva para a concreta proteção dos animais que sofrem maus-tratos.

2.2 A Constituição Federal de 1988

Partindo de uma rápida análise cronológica da legislação, na Constituição Federal de 1988 é possível observar o abandono da visão antropocêntrica em relação aos animais, visto que protege estes até mesmo da ação humana. Quando o art. 225 da CF estabelece que o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é um direito de todos (BRASIL, 1988), está incluindo a flora e a fauna, portanto, os animais. Assim, os animais devem “ser protegidos na medida em que são parte de um meio ambiente valorado como um direito humano” (PAZZINI, 2017, p. 91).

Além disso, o referido art. 225, no caput, acrescenta que o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é “essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder



Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Art. 225. [...] § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Não é demais repetir o teor do artigo citado acima, para que não haja dúvida quanto à proteção constitucional dos animais: incumbe ao Poder Público “proteger” os animais de “práticas” que causem risco à “sua função ecológica”, que “provoquem a extinção das espécies” ou que “submetam os animais a crueldade” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal criou uma obrigação do Estado de proteger os animais da crueldade e, portanto, dos maus-tratos. A proteção contra a crueldade é, como dito anteriormente, a tipificação constitucional de um direito animal. Direito de proteção dos animais. Assim, a norma maior do estado brasileiro estabeleceu que os animais são titulares de direitos, entre eles, direito de proteção aos maus-tratos.

De acordo com Sarlet (2017 *apud* SOUSA, 2019), na Constituição Federal de 1988, as teorias antropocêntricas clássica e ortodoxa foram substituídas pela teoria antropocêntrica jurídica com caráter ecológico, buscando-se a conciliação entre valores humanos e ecológicos com a integração e – ao mesmo tempo – o reconhecimento da interdependência dos referidos valores.

Conforme afirma Milaré (2009), no Brasil a tutela jurídica da interação entre fauna, flora e ecossistemas veio em 1981, quando surge a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/1981. Referida Lei foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 225, como já afirmado, eleva a nível constitucional a proteção do meio ambiente, restando ainda por elaborar-se a legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma maior preocupação com o meio ambiente saudável, onde trouxe a responsabilização penal das pessoas físicas e jurídicas que cometerem atividades nocivas ao meio ambiente.

A doutrina tem o meio ambiente como o bem jurídico tutelado no crime de crueldade para com os animais. Embora haja “dois âmbitos de intervenção jurídico- penal – tutela penal de animais e tutela penal do meio ambiente – os bens jurídicos ‘não são idênticos’” (TEIXEIRA NETO, 2017, p. 167). Há, então:

Uma tutela jurídica dos animais de uma maneira ampla, de modo que não se consideram os animais individualmente, mas sim membros da ‘fauna’, um importante elemento para o equilíbrio do meio ambiente, em especial visando à sadia qualidade de vida do ser humano. Mantêm-se, equivocadamente, os animais (e o meio ambiente) como objetos de direitos humanos, não obstante proponha-se a atenuação do valor instrumental dos seres contemplados pela norma (TOLEDO, 2012, *apud* PAZZINI, 2017, p. 92).

Sousa (2019) também apresenta sua visão quanto ao teor da norma constitucional que criminaliza a crueldade para com os animais, apresentando duas correntes para o regime jurídico dado à fauna no ordenamento jurídico:

A primeira corrente situa o homem como o centro do universo, afastando o homem da natureza atribuindo poderes para utilizá-la da forma que lhe aprouver, dessa forma os animais são considerados apenas objeto do direito e só devem ser protegidos por força da proteção indireta dos seres humanos. A segunda corrente, defendida por Peter Singer e Tom Regan, retira o homem da centralidade



valorativa, inserindo a “vida” em seu lugar, atribuem Dignidade própria à natureza e aos animais não humanos por serem considerados em si próprios (SOUSA, 2019, p. 48).

Ainda, ao falar sobre a aplicação da norma constitucional na atuação do Poder Judiciário, Sousa (2019, p. 45) afirma que “a jurisprudência pátria caminha em direção a atribuição de direitos aos animais, reconhecendo a vida animal como um fim em si mesmo, atribuindo-lhes valores intrínsecos”.

Diante do exposto, pode-se concluir que todos estes fatores indicam que, nos últimos anos, houve mudança na “classificação” jurídica dos animais, tanto pela legislação quanto pela jurisprudência. Muito embora não ocorreram alterações legislativas relevantes e o Código Civil vigente ainda tipifique os animais como ‘coisas’ – bens semoventes – há uma clara mudança de concepção social que se reflete especialmente na atuação do Poder Judiciário. Observou-se brevemente que a concepção constitucional tem influenciado a atuação da jurisdição que tem utilizado como fundamento jurídico de algumas decisões judiciais os princípios e regras constitucionais e internacionais, tutelando, assim, qualquer espécie de animal contra a crueldade.

3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS: ANÁLISE DA CIDADE DE JOINVILLE/SC

Na presente seção serão abordadas as consequências jurídicas – penais, civis e administrativas – da violação dos direitos dos animais, bem como a responsabilidade civil dos órgãos estatais nos casos de maus-tratos e a responsabilidade incumbida a cada cidadão na garantia dos direitos dos animais.

Por fim, serão analisados os dados qualitativos levantados na pesquisa de campo realizada por meio de entrevista estruturada com perguntas predeterminadas (APÊNDICE I), que foram enviadas por e-mail com a identificação das informações relevantes da pesquisa e a autorização dos entrevistados para divulgação dos resultados. Foram realizadas três entrevistas, sendo a primeira concedida pela Sra. Liliane da FRADA - Frente de Ação pelos Direitos Animais (ANEXO I), a segunda pela Sra. Cristina do Abrigo Animal de Joinville/SC (ANEXO II), e a terceira pela Vereadora Tânia Regina Larson (ANEXO III).

3.1 Consequências Penais: Crimes Contra os Animais

A tutela penal de animais não pode ser considerada, exatamente, um novo âmbito de intervenção. Pois na Alemanha, como já citado, existe desde 1838. Porém, pode-se considerar que a tutela penal de animais é uma intervenção que escapa ao chamado “direito penal clássico”. Os chamados “crimes contra animais” causam estranhamento ao senso comum. Proteger os animais por meio do mais gravoso ramo do direito pode “parecer-ser” uso indevido do direito penal (TEIXEIRA NETO, 2017, p. 103). Porém, conforme pontua Mól e Venancio (2014, p. 13), as leis nascem a partir do momento em que um número considerável de pessoas creem que determinado comportamento seja certo e que, por outro lado, há “atos condenáveis que não devem ser aceitos na sociedade”.

Como já exposto, as primeiras determinações legais nas quais referem-se aos animais, tinham mero caráter utilitarista, não visando, portanto, o bem-estar do animal. Em 1884, por exemplo, houve um decreto dispondo da forma como “os animais ferozes” seriam transportados – em “trens de mercadorias ou especiais, e acondicionados em fortes caixões, ou gaiolas de ferro ou madeira” (MÓL; VENANCIO; 2014, p. 21).



Em 1886, houve certa sensibilidade, em São Paulo – capital – por exemplo, uma lei municipal determinava “é proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água, etc. maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados, podendo ser multados em 10 (dez) réis, de cada vez que se der a infração” (LEVAL, 2005, apud MÓL; VENANCIO; 2014).

Conforme afirmam os autores, antes de 1998, estava em vigor a lei federal 5.197/1967 que punia de maneira rígida, com penas de reclusão e a classificação de crimes inafiançáveis. A partir de 1998, com a nova Lei 9.605, as penas ficaram mais brandas e esses crimes são considerados de menor poder ofensivo. Em julho, nova alteração no Código de Processo Penal: os crimes com pena prevista inferior a quatro anos dariam ao réu, sob fiança, o direito de responder aos mesmos em liberdade.

O artigo 29 da Lei 9.605/1998, por exemplo, possui diversas espécies de normas penais. Nele encontram-se normas penais incriminadoras (caput), normas penais não incriminadoras permissivas e normas penais não incriminadoras explicativas (§2º). Embora seja um tipo penal rico e que trata com clareza a proteção penal da fauna no ordenamento jurídico, é uma redação dúbia, pois permite extrair de seu texto várias interpretações, ferindo o princípio da legalidade/taxatividade (MACEDO, [2003]).

Milaré (2009), comentando a prática da utilização das normas penais em branco, registra que o comportamento proibido vem enunciado de forma vaga, clamando por complementação ou integração através de outros dispositivos legais ou atos normativos extravagantes.

Partindo para uma análise da legislação, em 1988 houve uma constitucionalização do meio ambiente, observa-se que o artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), proclama – de forma expressa – a proibição de práticas que provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade. O dispositivo supracitado reconhece o valor intrínseco aos animais, afastando, assim, a visão antropocêntrica em relação a estes seres, dando, inclusive, proteção contra a ação humana.

A lei que delimita os maus-tratos encontra-se no plano infraconstitucional, no capítulo dos crimes contra a Fauna, da Lei nº 9.605/1998 e pode ser considerada retrógrada no que diz respeito à tutela animal, comparado com o direito alemão, por exemplo. Como pontua Teixeira Neto (2017), a Constituição Federal Alemã distingue os crimes contra a fauna – crimes ambientais – dos crimes contra animais, o que lhes garante uma proteção mais adequada.

O artigo 32, da supracitada lei, abrange formas de maus-tratos:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998).

O constituinte ao vedar as práticas cruéis contra animais evidencia sua preocupação com o bem-estar destes e refuta tanto a objetificação animal, quanto o antropocentrismo existente ao longo dos anos. Cabe aqui ressaltar que a omissão – não dar alimento ao animal – também caracteriza maus-tratos.

Em mudança ocorrida pela Emenda Constitucional 96 de 2017 (BRASIL, 1988), que altera o artigo 225 da Constituição Federal no que dispõe acerca de práticas desportivas e/ou manifestações culturais envolvendo animais, também há preocupação com o bem-estar dos animais envolvidos.



Embora discutíveis as motivações do legislador ao criar os tipos penais, até mesmo o Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) estabelece como ilícitos penais: o abandono de animais (art. 164); a receptação de animal produto de crime (art. 180-A) e a difusão de doença ou praga que cause danos a animais (art. 259).

3.2 Consequências Cíveis e Administrativas: Imposição de Multa

No presente tópico será abordado acerca das consequências cíveis e administrativas vigentes frente a situação de maus-tratos aos animais.

A Lei de Crimes Ambientais, já abordada anteriormente, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No capítulo V que trata “Dos Crimes Contra o Meio Ambiente”, a Seção I estabelece os “Crimes contra a Fauna”, conforme já indicado acima no art. 32 da referida lei, que, além da pena pelo crime o infrator pagará multa. Em seu artigo 18 traz a previsão de multa:

Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida (BRASIL, 1998).

Já o Decreto n. 6.514/2008, de 22 de julho de 2008, que “dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências”, estabelece em seu art. 2º, que:

Art. 2º. Considera-se infração administrativa ambiental, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, conforme o disposto na Seção III deste Capítulo. Parágrafo único. O elenco constante da Seção III deste Capítulo não exclui a previsão de outras infrações previstas na legislação (BRASIL, 2008).

O art. 3º do mesmo diploma legal dispõe que as sanções impostas às infrações administrativas ambientais podem ser: advertência, multa simples, multa diária, apreensão dos animais, restritiva de direitos, etc.

A Seção III do Decreto n. 6.514/2008 estabelece um rol exemplificativo de “Infrações Administrativas Cometidas Contra o Meio Ambiente”, trazendo na Subseção I as “Infrações Contra a Fauna”. Dentro de uma série de várias infrações cometidas contra os animais, destaca-se especialmente a prevista no art. 29 que prevê “Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por indivíduo” que “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 2008).

Importantíssimo destacar que o art. 9º do Decreto estabelece que: “O valor da multa de que trata este Decreto será corrigido, periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)”.

Para além das normas federais, pode-se citar exemplos de Municípios que têm regulamentação própria para proteção dos direitos dos animais, inclusive com previsão de sanções administrativas e pecuniárias.

Ou seja, conforme afirmam Mól e Venancio (2014), no âmbito federal, em alguns estados e em alguns municípios brasileiros há legislação estabelecendo sanções pecuniárias para a prática de maus-tratos contra os animais, inclusive com multas de elevado valor. Portanto, a contínua ocorrência de violência, crueldade e maus-tratos



contra os animais talvez não esteja relacionada à inexistência de normas jurídicas, mas sim à sua efetiva aplicação prática. A deficiência dos órgãos públicos responsáveis pela proteção animal, a falta de destinação de verba pública para ações de fiscalização e controle e, talvez, a falta de interesse político e social sejam os principais motivos da realidade atual brasileira.

3.3 Órgãos Municipais de Joinville/SC Responsáveis pela Proteção dos Animais

Em Joinville/SC, objeto de estudo do presente trabalho, tem-se a Lei Complementar 84/2000 que dispõe um Código de Posturas do Município, que regulamente as obrigações da administração pública com relação à “matéria de higiene, segurança, ordem e costumes públicos, institui normas disciplinadoras do funcionamento dos estabelecimentos industriais, comerciais e prestadores de serviços, tratamento da propriedade dos logradouros e bens públicos; estatui as necessárias relações jurídicas entre o Poder Público e os Municípios, visando a disciplinar o uso dos direitos individuais e do bem estar geral (JOINVILLE, 2000).

A seção I da supracitada lei dispõe sobre as infrações e penas entendendo que infração é toda ação ou omissão contrária às disposições da citada lei, sendo infrator “todo aquele que cometer, mandar, constringer, induzir, coagir ou auxiliar alguém a praticar infração”, bem como os “encarregados da execução das leis que tendo conhecimento da infração, deixarem de autuar o infrator (JOINVILLE, 2000).

Trazendo a realidade da causa animal a Lei Complementar 84/2000 em seu artigo 38, inciso IV, proíbe a condução e utilização como meio de transporte de animais de tração ou montaria nas vias centrais da cidade. Já no seu artigo 55-A, fica proibido em Joinville “o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos” em eventos que envolvam animais, bem como próximos a abrigos destes. O inciso V entende por animal todo organismo pluricelular, heterotrófico, invertebrado ou vertebrado. Já no parágrafo 5º do respectivo artigo, têm-se:

§ 5º Fica o Poder Público autorizado a reverter os valores recolhidos em função das multas previstas no artigo 56 (cinquenta e seis) da Lei Complementar nº 84/00 para custeio das ações, publicações e conscientização da população sobre a divulgação da própria Lei, Posse Responsável e direitos dos animais, para instituições, abrigos ou santuários de animais, ou para Programas Municipais de controle populacional através da esterilização cirúrgica de animais, bem como Programas que visem à proteção e bem estar dos animais (JOINVILLE, 2000).

Além disso, a Lei Complementar 360/2011 instituiu no município de Joinville o Programa de Proteção Animal que tem como objetivo, conforme disposto em seu artigo 4º, “o estímulo à posse responsável através da educação ambiental; abrigo transitório para animais destinados à adoção; incentivos à adoção de animais; esterilização gratuita de animais domésticos; destinação final de cadáveres de animais; e cadastramento obrigatório de caninos, felinos e equídeos”. Cabe a Fundação Municipal do Meio Ambiente executar as ações mencionadas na citada Lei. O artigo 3º, inciso XXVIII, dispõe sobre o Bem-Estar Animal:

XXVIII - BEM-ESTAR ANIMAL: os animais devem ser mantidos em ambiente que garanta cada fase de seu desenvolvimento, considerando idade e tamanho das espécies, devendo ser consideradas as condições sanitárias e ambientais, de temperatura, umidade relativa, quantidade e qualidade do ar, níveis de luminosidade, exposição solar, ruído, espaço físico, alimentação, enriquecimento



ambiental e segurança, conforme as necessidades físicas, mentais e naturais dos animais. (JOINVILLE, 2011).

De acordo com o mesmo dispositivo, deve ser assegurado o atendimento à todas as necessidades dos animais, promovendo e protegendo sua saúde, tanto no que diz respeito à proteção contra “lesões, doenças, fome, sede, desconforto, dor, medo e estresse”, garantindo suas necessidades “físicas, mentais e naturais do animal” e possibilitando que expresse seu “comportamento natural”, elencando detalhadamente as necessidades como sendo:

a) necessidades físicas dos animais: aquelas que interferem nas condições anatômicas e fisiológicas das espécies, como necessidades nutricionais específicas, movimentos naturais, exercícios, peso corpóreo; b) necessidades mentais dos animais: aquelas que interferem na saúde mental, manifestação de comportamentos naturais das espécies, índole, formação hierárquica, estimulação ambiental e social; c) necessidades naturais dos animais: aquelas etológicas e que permitam aos animais expressar seu comportamento natural e aquelas definidas na interação dos animais em seus grupos, com outras espécies animais, inclusive com seres humanos, de acordo com o ambiente em que forem inseridos ou em que vivam; d) promoção e preservação da saúde: aqueles pré-requisitos que garantam investimentos e ações para a prevenção de doenças, controle de doenças imunossuprimíveis e não exposição a doenças infecto-parasitárias (JOINVILLE, 2011).

A mencionada Lei Complementar 360/2011, em seu art. 3º inciso XXX, estabeleceu o conceito de maus-tratos como sendo “toda omissão e qualquer ação que não atenda às necessidades ambientais, físicas e psicológicas do animal”. Além disso, acrescentou expressamente o dever de assegurar “a Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 27 de janeiro de 1978, a Lei de Crimes Ambientais nº 9.605 de fevereiro de 1998 e o Art. 225 do Capítulo VI de Meio Ambiente da Constituição Federal” (JOINVILLE, 2011).

Considera-se ato de abuso manter o animal sem abrigo ou em condições inadequadas – §1º – em espaços não higienizado – alínea “a” – sem área para exercícios/movimentação do animal – alínea “b” – com exposição direta às condições meteorológicas como chuva, sol, calor, frio – alínea “c” – deixá-los na presença de seus próprios dejetos, bem como entulhos, lixos e afins – alínea “d” – ou qualquer outra situação causadora de estresse, medo, que afete à saúde física mental ou psicológica do animal – alínea “e”, além de outras situações elencadas na legislação nos parágrafos seguintes⁵ (JOINVILLE, 2011).

5. §3º lesar ou agredir os animais: por golpe como soco ou chute, espancamento, lapidação, por instrumentos perfurocortantes, contundentes, por substâncias químicas, escaldantes, tóxicas, por fogos ou outros, provocando dor e sofrimento ao animal; §4º abandoná-los, em quaisquer circunstâncias, em espaços públicos, privados e ermos; §5º obrigá-los a trabalhos em horas excessivas ou superiores às suas forças sem fornecer descanso adequado, bem como todo ato que resulte em sofrimento, dor e lesão, esforços ou comportamentos que não se alcançariam senão sob coerção; §6º castigá-los fisicamente ainda que para aprendizagem ou adestramento através de métodos de condicionamento com chutes, trancões e equipamentos aversivos como colares de choque/colares eletrônicos, enforcador de corrente e enforcador de garra; [...] §10 manter cães e gatos em residências e estabelecimentos comerciais, em espaço que apresentem saliências que possam causar lesões ou danos aos animais e em espaços de acordo com a seguinte classificação: [...] §12 provocar-lhes envenenamento, utilizando produtos químicos, tóxicos, podendo causar-lhes morte ou não, [...] §15 abusá-los sexualmente; §16 executar técnicas de conchectomia, caudectomia, bem como onicectomia e cordectomia, exceto em virtude de tratamento médico veterinário, de doenças ou lesões; [...] §18 privar o animal de assistência veterinária, deixar de prestar atendimento veterinário em casos de doenças, ferimentos, atropelamentos, envenenamentos, partos com dificuldades, engasgamento e outros eventos que causem dor, sofrimento e/ou risco de morte (JOINVILLE,



Quanto às penalidades, a Lei Complementar 360/2011 em seu artigo 63 dispõe que:

Art. 63. Sem prejuízo das responsabilidades de natureza civil ou penal cabíveis, os infratores à presente Lei sofrerão, alternativa ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão dos animais, instrumentos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados no momento da infração; e

IV - interdição total ou parcial, temporária ou permanente, de locais e estabelecimentos.

V - Proibição de aquisição, guarda ou tutela de animais de qualquer gênero ou espécie, pelo período de 2 (dois) a 10 (dez) anos.

Parágrafo Único. As penalidades serão aumentadas de um sexto a um terço, se ocorrer morte do animal (JOINVILLE, 2011).

Quanto às infrações, no seguinte artigo – 64 – podem ser: leves, caso tenha atenuante – elencada no artigo 67; graves, em caso de circunstância agravante – elencadas no artigo 68; e gravíssimas, na qual há duas ou mais circunstâncias agravantes. O artigo 69, traz que as multas impostas em caso de maus-tratos “serão recolhidas na rede bancária através de documento de arrecadação municipal e direcionadas a fonte de recursos do projeto de castração de animais” (JOINVILLE, 2011).

O município de Joinville/SC conta também com a SAMA – Secretaria de Agricultura e Meio Ambiente, órgão da Administração Direta, que tem como finalidade:

Executar as funções de meio ambiente, gestão das áreas de proteção ambiental, unidades de conservação, parques municipais de lazer, arborização de ruas, praças e jardins, fiscalização e licenciamento ambiental, educação ambiental, administração de cemitérios, serviços funerários, licenciamento de obras, consultas e alvarás, fiscalização de obras e posturas, mobiliário de praças, em especial na defesa e proteção animal e no controle de populações, para atingir o equilíbrio ambiental e o convívio mais harmonioso dos munícipes com os animais e agricultura, promovendo políticas de desenvolvimento rural do Município de Joinville, por meio de realização de estudos e extensão rural, pesquisa e programas que atendam seus objetivos (JOINVILLE, 2017).

A Carta de Serviço disponibilizada em atendimento à Lei 13.460/2017 instrui sobre como denunciar maus-tratos a animais, que abrange prática de abusos, ferir, mutilar ou matar animais, sejam eles domésticos, domesticados, silvestres, nativos ou exóticos. A referida Carta também instrui sobre como solicitar socorro a animal doméstico sem tutor doente ou ferido. O animal é atendido pelo Município de Joinville (SC), recebe cuidados médico-veterinários, podendo ser acolhido no Centro de Bem- Estar Animal conforme a capacidade do mesmo ou ficar em lar temporário até sua recuperação.

O Centro de Bem-Estar Animal é responsável por atendimento clínico médico veterinário a animais sem tutor, feridos, doentes ou vítimas de maus-tratos; realizar castração e microchipagem de animais; atuar em campanhas educativas de incentivo à guarda responsável de animais domésticos; e manter parcerias com organizações não governamentais para encaminhamento de animais à adoção.

Tanto a Secretaria de Agricultura e Meio Ambiente, quanto o Centro de Bem- Estar Animal são regidos pela Portaria SEMA N° 140/2017 a qual define os procedimentos para atendimento de animais no Centro, os quais serão feitos “somente aos animais sem tutor

2011).



que estejam doentes ou feridos e os animais apreendidos em razão de abuso ou maus-tratos praticados pelo tutor” (JOINVILLE, 2017). O artigo 3º da supracitada Portaria dispõe sobre o atendimento aos animais, que devem observar os seguintes requisitos:

I - o interessado deverá realizar o registro da ocorrência na Ouvidoria do Município, ressalvados os casos excepcionais dispostos no parágrafo único deste artigo; II - será efetuado apenas no local em que foi indicado na ocorrência e, havendo necessidade, a equipe responsável providenciará o encaminhamento adequado; III - respeitará os recursos disponíveis pelo CBEA. Parágrafo único. São considerados casos excepcionais, que não necessitam de registro da ocorrência na Ouvidoria, as demandas encaminhadas como emergência, assim definidas pelo responsável do atendimento, ao CBEA e as recebidas de outros órgãos e instituições de caráter público, tais como: Ministério Público, Secretaria de Assistência Social, Fiscalização Ambiental, Polícia Ambiental, Polícia Militar, Guarda Municipal e Corpo de Bombeiros (JOINVILLE, 2017).

Ou seja, da análise realizada quanto à realidade legislativa da cidade de Joinville/SC, percebe-se que o município tem regulamentação própria bastante abrangente para a proteção dos direitos dos animais, especialmente em casos de maus-tratos.

3.4 Realidade da Proteção dos Animais Vítimas de Maus-Tratos na Cidade de Joinville/SS: Análise das Entrevistas Realizadas

A pesquisa de campo para levantamento de dados qualitativos foi realizada por meio de entrevista estruturada com perguntas predeterminadas, que foram enviadas por e-mail com a identificação das informações relevantes da pesquisa e a autorização dos entrevistados para divulgação dos resultados.

A seleção dos entrevistados utilizou o critério de conhecimento de causa. Primeiro, tentou-se a entrevista com os responsáveis pelos órgãos governamentais que tem por finalidade a proteção dos direitos dos animais. Não sendo possível, em seguida tentou-se a entrevista com responsáveis por órgãos não governamentais de proteção animal. Foram realizadas duas entrevistas, sendo a primeira concedida pela Sra. Liliane da FRADA - Frente de Ação pelos Direitos Animais e a segunda pela Sra. Cristina do Abrigo Animal de Joinville/SC. Posteriormente, partiu-se para o âmbito público e personalidades públicas com interesse na causa animal, sendo obtida uma entrevista com a Vereadora Tânia Regina Larson.

Com relação à primeira pergunta, percebeu-se que a função do órgão/instituição em que você atua com relação à proteção dos animais da Entrevistada 1 é que este atua em resgates, campanhas de castração, vacinação e adoção consciente, inclusive, a Lei aqui já citada – 360/2011 – foi proposta pela FRADA que, além do já dito, ainda atua realizando palestras sobre a tutela responsável, abandono e a importância da castração. Quanto à Entrevistada 2, trata-se da Associação Abrigo Animal, instituição sem fins lucrativos, que objetiva salvar animais em situação de abandono e maus-tratos, tratando a saúde destes, vacinando, castrando e promovendo uma adoção segura observados os quesitos ambiente saudável e tutores responsáveis. Já a Entrevistada 2, esta atua na Câmara de Vereadores de Joinville, órgão legislativo e fiscalizatório, tendo como responsabilidade elaborar leis que amparem a causa animal e fiscalizar seu o município tem cumprido seu papel quanto à proteção animal.

De acordo com as entrevistas, percebeu-se que o procedimento para a proteção dos animais em casos de maus-tratos em Joinville ocorre, conforme a Entrevistada 1, a partir do momento da averiguação da denúncia, “pois a grande maioria das denúncias de



maus-tratos são falsas” (FRADA, 2020). A partir dessa verificação, analisam se uma “conversa orientando a pessoa” seria suficiente ou se é o caso de acionar o órgão fiscalizador Secretaria de Agricultura e Meio Ambiente – SAMA ou, ainda, a Polícia Civil. Caso caiba somente a orientação, as voluntárias fazem esse papel. Caso não seja suficiente, registram ocorrência junto a Ouvidoria da Prefeitura para que a fiscalização aja e, se for o caso, multe o tutor. Se o animal estiver em visível situação de maus-tratos, a Polícia Civil é acionada, e, frente ao flagrante, aplicam um Termo Circunstancial.

Ainda tratando da questão acima, a Entrevistada 3 também defende a ideia da orientação a primeiro momento, ou abrir um protocolo na Ouvidoria para averiguação e, caso necessário, acionar a Polícia Civil. O animal resgatado pela Polícia Civil é encaminhado ao Centro de Bem-Estar Animal, onde será consultado, microchipado e castrado. O Centro de Bem-Estar Animal tem limite de animais, portanto, muitas vezes, é necessário que os munícipes deem lar temporário aos animais até o momento da adoção. Quanto a Entrevistada 2, o procedimento é o mesmo: boletim de ocorrência, retirada do animal, acompanhamento veterinário e sua adoção responsável.

Para as entrevistadas, o cenário atual em Joinville com relação aos animais que sofrem maus-tratos é omissa quanto à punição e cumprimento da lei – FRADA. Além da questão de omissão, o fato do Centro de Bem-Estar animal ter lotação limitada, a maioria das pessoas não querem ceder lar temporário e se responsabilizar por esses animais retirados de maus-tratos. Inclusive, há na Lei Municipal, um projeto de microchipagem obrigatória aos animais, para no caso de abandono/negligência ser possível identificar o tutor e penalizá-lo conforme cabível – Entrevistada 3. Já o Abrigo Animal faz a análise da atual situação com base em sua atuação há longos anos, por exemplo, afirmam que hoje resgatam e atendem bem mais animais do que há 19 anos atrás quando ONG foi criada e também admitem que a lei é muito branda e a punição falha.

A Entrevistada 1 afirmou que é importante proteger os animais vítimas de maus-tratos porque a “população é irresponsável e o poder público é extremamente falho” (FRADA, 2020). Ainda afirma que se a população fosse responsável e o poder público cumprisse as leis, não seria necessário a proteção animal “enxugar gelo”.

Já para a Entrevistada 2, a importância da proteção dos animais vítimas de maus-tratos está transcrita abaixo:

Na nossa realidade é importantíssimo, vital para saúde/bem-estar dos animais, as pessoas têm que respeitar todas as vidas, sejam humanas ou de animais, todas tem seu valor fundamental no mundo/meio ambiente. Nós precisamos dos animais e, portanto, devemos respeitar e preservar a vida e o bem-estar deles. Respeitando a vida dos animais, também respeitamos as outras pessoas. Mas nem todas as pessoas evoluem nesse sentido e acabam por causar muita dor e sofrimento aos animais com os quais convivem. É nessa hora que a proteção animal, seja por órgãos governamentais ou ONGS, é fundamental para aliviar o sofrimento desses animais que estão sendo vítimas. Também se faz muito importante a proteção dos vizinhos dessas pessoas que estão causando sofrimento, pois, são os vizinhos que conseguem ter visão e conhecimento do que está ocorrendo e, portanto, são eles que tem que acionar/iniciar algum tipo de resgate/salvamento do animal. Muitas vidas são salvas quando todos que podem fazer alguma coisa se juntam e tomam uma atitude. Os animais também têm direito à uma vida saudável e feliz (ABRIGO ANIMAL, 2020).

A Entrevistada 3 afirmou que é importante proteger os animais vítimas de maus-tratos devido a fragilidade destes em não ter voz, não conseguirem dizer o que sentem e por fazerem “parte de uma minoria negligenciada pelo Estado”. A entrevistada ainda



afirma que nós domesticamos os animais, portanto, cabe à nós o dever de cuidado e proteção deles.

Quanto a responsabilidade da proteção dos animais vítimas de maus-tratos e a importância da atuação dos órgãos governamentais, ONGS, tutores e população em geral na proteção aos animais, a Entrevistada 1 acredita que cabe aos tutores tal responsabilidade, visto que ninguém é “obrigado” a gostar de animais, mas a partir do momento que o animal é adotado, o tutor precisa cuidar adequadamente até o final. Quanto à atuação de órgãos governamentais, se estas fossem eficazes, não teria necessidade de tantas ONGS fazendo somente o que está ao alcance para suprir a falha dos órgãos públicos, dos tutores e dos cidadãos em geral.

Para a Entrevistada 2, a responsabilidade pela proteção dos animais vítimas de maus-tratos perante a lei é dos órgãos governamentais, porém, partindo da premissa de ser ser-humano, entende que o dever de proteger vidas quando agressões acontecem cabe a toda sociedade, não podendo estes se isentar só porque a lei diz que o governo é responsável. Os animais são indefesos e, portanto, precisam de quem o defenda e os protejas contra maus-tratos.

A Entrevistada 3 foi bem específica e objetiva em sua resposta:

A responsabilidade maior sempre é do tutor que normalmente é quem comete os maus-tratos por pura maldade ou por motivos totalmente fúteis. Porém, os órgãos governamentais também precisam fazer sua parte para conter os maus-tratos, com políticas públicas repressivas a esses atos. Hoje a maior necessidade é que a lei federal seja reformulada e haja punição de prisão para maus-tratos (já há projetos tramitando) pois atualmente a pena é só reclusão o que normalmente significa: o infrator cometer o crime, na maioria das vezes com requintes de crueldade, assinar um termo circunstanciado e sair pela porta da frente da delegacia para posteriormente ser julgado e pagar uma multa, doar umas cestas básicas ou ter que fazer algum serviço social. No âmbito municipal, a prefeitura precisa investir mais em castração e microchipagem dos animais para primeiramente barrar a superpopulação animal e evitar que mais animais corram o risco de sofrerem maus-tratos e na microchipagem para justamente garantir a punição do tutor do animal no caso de violação, tendo uma forma de comprovar que o animal é dele. Hoje o que mais temos em termo de maus-tratos é o abandono e a falta de assistência quando os animais se envolvem em acidentes (normalmente pela irresponsabilidade do tutor em deixar que os mesmos dêem voltinhas desacompanhados) e nesses casos, a maioria dos tutores quando indagados nega a tutoria do animal. Nesse sentido a importância da microchipagem em massa dos animais da cidade. Pertinente também ressaltar a importância do envolvimento da comunidade fazendo as denúncias e se propondo a ajudar as ONG'S e protetores independentes de Joinville que tanto sofrem e hoje fazem um trabalho que a prefeitura deveria estar desenvolvendo pois são muitos cães em situação de maus-tratos e principalmente de abandono (LARSON, 2020).

Quanto à proteção por parte dos órgãos governamentais aos animais vítimas de maus-tratos as três entrevistadas são unânimes na resposta: consideram que teve uma melhora significativa, porém a proteção não é efetiva, caso fosse, não haveria tantos casos de maus-tratos e abandono. Também acreditam que para mudar tal realidade, a fiscalização na averiguação das denúncias deveria ser mais eficaz e rígida e a sociedade como um todo deveria contribuir tanto com às ONGS, quanto com as protetoras independentes.



Já no aspecto do papel das ONGS frente à proteção dos animais vítimas de maus-tratos também concordam que fazem além de suas condições e que se tivessem mais apoio de políticas públicas e, até mesmo, da Polícia e sociedade como um todo, poderiam fazer um trabalho mais eficaz e efetivo. Para melhorar tal realidade, também concordam que se houvesse mais rigor por parte dos órgãos de justiça na devida punição dos agressores os números de casos seriam menores.

Quando questionada sobre as consequências – sanções aplicáveis – para quem pratica maus-tratos contra os animais a Entrevistada 1 foi direta: “Não há punição alguma aos infratores!”.

Para a Entrevistada 2, as punições aplicadas a quais ela tem conhecimento são apenas pagamento de multas ou em forma de serviço comunitário.

Já a Entrevistada 3 reforçou que além das penalidades criminais e civis, administrativamente temos na Lei 360/2011:

I – advertência; II – multa; III – apreensão dos animais, instrumentos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados no momento da infração; IV – interdição total ou parcial, temporária ou permanente, de locais e estabelecimentos; V – proibição de aquisição, guarda ou tutela de animais de qualquer gênero ou espécie pelo período de 2 (dois) a 10 (dez) anos. Sendo essas penalidades aumentadas de um sexto a um terço, se ocorrer morte do animal (JOINVILLE, 2011).

Questionadas se no órgão/instituição que atuam tem regulamentação própria indicando sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais, tanto a Entrevistada 1, quanto a Entrevistada 2, afirmam que não possuem regulamentação/poder neste sentido, cabendo a Justiça regulamentar tais casos.

Quanto à Entrevistada 3 destacou, novamente, a Lei 360/2011 praticada.

Por fim, foi perguntado se as sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC são efetivas/suficientes para a proteção dos animais e para evitar novas práticas de maus-tratos e, em caso negativo, quais seriam as sanções mais efetivas. A Entrevistada 1 não respondeu.

A Entrevistada 2 é objetiva ao dizer que deveria ter prisão dos agressores sem direito à fiança, pois, para a Sra. Cristina, presidente do Abrigo Animal, multas e serviços comunitários não são efetivos.

Já a Entrevistada 3 diz que:

Creio que as penalidades administrativas poderiam ser mais duras, porém, elas estão dentro dos parâmetros observados em outros municípios. Propomos recentemente o projeto de resolução nº 12/2020, que prevê a proibição da nomeação para cargos comissionados de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais, no âmbito da Câmara de Vereadores. Nosso desafio constante é além de buscar evitar casos de maus-tratos, fazer com que as pessoas que comprovadamente cometam tais atos sofram uma série de consequências danosas que coíbam sua reincidência. O que hoje vislumbro ser mais necessário ser agravado é a nossa lei federal, para que os maus-tratos sejam punidos como CRIME e que os autores de tais atos paguem exemplarmente pelo crime que cometeram (LARSON, 2020).

Diante dos resultados levantados pela pesquisa de campo por meio das entrevistas analisadas acima pode-se concluir que em Joinville a proteção dos animais vítimas de maus-tratos ocorre através de denúncias que são averiguadas e, após isso, há o resgate do animal que é levado ao Centro de Bem-Estar Animal ou outras Clínicas Veterinárias



conveniadas às ONGS e após a alta do animal este vai para lares temporários ou até mesmo o Abrigo Animal caso o Centro de Bem-Estar Animal esteja com sua capacidade atingida e o animal é posto para adoção responsável.

Pode-se concluir, portanto que as consequências penais, civis e administrativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e nas normas jurídicas municipais, bem como a atuação dos órgãos governamentais da cidade de Joinville/SC não são suficientes para garantir o bem-estar animal e impedir as violações de direitos por maus-tratos. Há necessidade de penas mais graves, prisão em flagrante, conscientização da população e efetividade nas Políticas Públicas.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objeto a possibilidade de reconhecimento dos animais como titulares de direitos tutelados juridicamente, com a aplicação por parte do Estado de sanções penais, civis e administrativas pela violação dos seus direitos, especialmente nos casos de maus-tratos, com enfoque na realidade da cidade de Joinville/SC.

Partiu-se da hipótese de que os animais como seres sencientes, que demonstram sentimentos e sofrimento, devem ser considerados como titulares de direitos, e, logo, protegidos e tutelados juridicamente, especialmente nos casos de maus-tratos. Inicialmente, partiu-se da concepção de que as consequências penais, civis e administrativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e nas normas jurídica da cidade de Joinville/SC não eram suficientes para garantir o bem-estar animal e impedir as violações de direitos por maus-tratos.

Ao iniciar o estudo, na primeira seção, já pode-se perceber que os animais são seres sencientes capazes de sentir e sofrer e, portanto, pela sua condição de ‘seres vivos’, devem ser tutelados juridicamente. Chegou-se à conclusão de que os animais são seres vivos tanto quanto os seres humanos e, portanto, têm necessidades naturais para seu bem-estar, saúde e integridade física. Portanto, são dignos de respeito, amor, amparo e proteção jurídica efetiva. Por esse motivo a classificação jurídica dos animais como propriedade (como coisas ou como bens) não leva em conta o fato de serem seres sencientes que demonstram sentimentos e sofrimento. Coisas são inanimadas. Animais são seres vivos! Por conta disso, os animais são titulares de direitos, e devem ser beneficiados pela proteção e tutela jurídica por parte do Estado, em todos os aspectos das suas necessidades.

Na segunda seção, ao estudar a tutela jurídica dos animais nos ordenamentos jurídicos, constatou-se que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 1978 já estabelecia de forma clara, direta, assertiva e abrangente o reconhecimento dos animais como titulares de direitos que necessitam de tutela jurídica específica para sua proteção contra o sofrimento – em todas as suas formas. Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro constatou-se que o a Constituição Federal de 1988 criou, em seu art. 225, uma obrigação do Estado de proteger os animais da crueldade e, portanto, dos maus-tratos. A proteção contra a crueldade é, como concluído, a tipificação constitucional de um direito animal. Direito de proteção dos animais. Assim, a norma maior do estado brasileiro estabeleceu que os animais são titulares de direitos, entre eles, do direito de proteção contra os maus-tratos.

Não é demais repetir o teor do citado art. 225, para que não haja dúvida quanto à proteção constitucional dos animais. Afirma a Constituição Federal: incumbe ao Poder Público “proteger” os animais de “práticas” que causem risco à “sua função ecológica”,



que “provoquem a extinção das espécies” ou que “submetam os animais a crueldade” (BRASIL, 1988).

Na terceira seção, analisaram-se as consequências jurídicas pela violação dos direitos dos animais, especialmente pela prática de maus-tratos. Constatou-se que a Lei de Crimes Ambientais, em seu art. 32, trouxe uma definição clara da prática de violência contra os animais e estabeleceu sanções penais, administrativas e civis (BRASIL, 1998). Para além disso, o Decreto n. 6.514/2008, de 22 de julho de 2008, que trata das infrações administrativas contra o meio ambiente e estabelece as sanções correspondentes, previu punições pecuniárias para a prática de maus-tratos contra os animais, como a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por indivíduo que “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 2008).

Na análise da realidade da cidade de Joinville/SC, constatou-se a existência da Lei Complementar 360/2011 que instituiu no município o Programa de Proteção Animal. A mencionada norma, em seu art. 3º, inciso XXX, estabeleceu o conceito de maus-tratos como sendo “toda omissão e qualquer ação que não atenda às necessidades ambientais, físicas e psicológicas do animal”. Além disso, acrescentou expressamente o dever de assegurar a aplicação de todos os direitos animais previstos na Declaração Universal dos Direitos dos Animais 1978, na Lei de Crimes Ambientais de 1998 e no art. 225 e da Constituição Federal. Da análise da legislação municipal concluiu-se que deve ser assegurado o atendimento à todas as necessidades dos animais, promovendo e protegendo sua saúde, tanto no que diz respeito à proteção contra “lesões, doenças, fome, sede, desconforto, dor, medo e estresse”, garantindo suas necessidades “físicas, mentais e naturais do animal” e possibilitando que expresse seu “comportamento natural” (JOINVILLE, 2011).

Da análise dos resultados levantados pela pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas, pode-se concluir que em Joinville a proteção dos animais vítimas de maus-tratos ocorre através de denúncias que são averiguadas e, após isso, há o resgate do animal que é levado ao Centro de Bem-Estar Animal ou outras Clínicas Veterinárias conveniadas às ONG’s e após a alta do animal este vai para lares temporários ou até mesmo para o Abrigo Animal caso o Centro de Bem-Estar Animal esteja com sua capacidade atingida e o animal é posto para adoção responsável.

Porém, as consequências penais, civis e administrativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e nas normas jurídicas municipais, normalmente não são aplicadas aos responsáveis pela violência contra os animais. Além do que a atuação dos órgãos governamentais da cidade de Joinville/SC não é suficiente para garantir o bem-estar animal e impedir as violações de direitos por maus-tratos, que continuam aumentando. Talvez, haja necessidade de penas mais graves, prisão em flagrante, conscientização da população e efetividade nas Políticas Públicas.

Sendo assim, ao responder à pergunta de pesquisa confirmou-se a hipótese inicialmente estabelecida. Ou seja, tanto no âmbito federal quanto na cidade de Joinville/SC há legislação estabelecendo sanções penais, administrativas e pecuniárias para a prática de maus-tratos contra os animais, inclusive com multas de elevado valor. Portanto, a contínua ocorrência de violência, crueldade e maus-tratos contra os animais talvez não esteja relacionada à inexistência de normas jurídicas, mas sim à inefetividade de sua aplicação prática. A deficiência dos órgãos públicos responsáveis pela proteção animal, a falta de destinação de verba pública para ações de fiscalização e controle e,



talvez, a falta de interesse político e social sejam os principais motivos da realidade atual brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Resolução Nº 37/7 de 1982**: Carta Mundial para a Natureza. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf> Acesso em: 28 maio 2019.

BECK, Raíssa Marques; REIS, Sérgio Túlio Jacinto. Senciência animal. **Revista Clínica Veterinária**. Ano XXI, n. 123, pg 114-118, jun./jul. 2016. Disponível em: <<https://www.revistaclinicaveterinaria.com.br/blog/produto/revista-clinica-veterinaria-n-123/>> Acesso em: 03 out. 2019.

BÍBLIA SAGRADA. **Nova tradução na língua de hoje**. São Paulo: Editora Paulinas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto Federal Nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Brasília. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm> Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** – Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** – Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Lei Nº 4.771, de 15 de setembro de 1965** – Código Florestal. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm> Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981** – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998** – Lei de Crimes Ambientais. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 28 ago. 2019.



FEIJÓ, Anamaria. **Utilização de animais na investigação e docência:** uma reflexão ética necessária. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

FLORIANÓPOLIS. Câmara Municipal de Vereadores. **Lei n. 1.224/1974.** Institui o Código de Posturas Municipal. 02 de setembro de 1974. Disponível em: <http://sistemas.sc.gov.br/cmfpesquisa/docs/1974/lpmf/codigo%20de%20posturas.doc>. Acesso em: 21 jun. 2020.

FLORIANÓPOLIS. Câmara Municipal de Vereadores. **Lei n. 9.643/2014.** Dispõe sobre a proibição da prática de maus-tratos e crueldade contra animais no município de Florianópolis e dá outras providências. 18 de setembro de 2014. Disponível em: http://sistemas.sc.gov.br/cmfpesquisa/docs/2014/lpmf/lei9643_14.doc. Acesso em: 21 jun. 2020.

FRANCIONE, Gary Lawrence. **Introdução aos Direitos dos Animais.** Campinas: Editora Unicamp, 2015.

FRANCIS CRICK MEMORIAL CONFERENCE. **Declaração sobre a Consciência de Cambridge.** Cambridge, 2012. Disponível em: <https://www.animal-ethics.org/declaracao-consciencia-cambridge/> Acesso em: 03 out. 2019.

G1 SC. **Justiça em Joinville decide sobre guarda e direito de visita de cachorros em divórcio,** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/04/03/justica-em-joinville-decide-sobre-guarda-e-direito-de-visita-de-cachorros-em-divorcio.ghtml> Acesso em: 04 jun. 2019.

GALVÃO, Pedro. **Os animais têm direitos?** Perspectivas e argumentos. Lisboa: Dinalivro, 2011.

HUME, David. **Investigação Acerca do Entendimento Humano.** Disponível em: https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Filosofia/Ensaio_Entendimento_Hume.pdf Acesso em: 09 out. 2019.

JOINVILLE. **Lei Complementar 360/2011** – Institui o Programa de Proteção Animal no município de Joinville e dá outras providências. 19 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2011/36/360/lei-complementar-n-360-2011-institui-o-programa-de-protecao-animal-no-municipio-de-joinville-e-da-outras-providencias-2011-12-19.html> Acesso em: 21 jun. 2020.

JOINVILLE. **Lei Complementar 84/2000** – Institui o Código de Posturas do município de Joinville e dá outras providências. 12 de janeiro de 2000. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2000/8/84/lei-complementar-n-84-2000-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-joinville-e-da-outras-providencias> Acesso em: 21 jun. 2020.

LEVAI, Laerte Fernando. **Ética ambiental biocêntrica:** pensamento compassivo e respeito à vida. In: ANDRADE, S (org.). *Visão abolicionista: ética e direitos animais.* São Paulo: Libra Três, 2010.



MACEDO, Roberto Ferreira. **Da necessidade de um tipo penal específico para o tráfico de animais. Razoabilidade da Política Criminal em defesa da fauna.** [2003]. Disponível em: <https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/177517064/da-necessidade-de-um-tipo-penal-especifico-para-o-trafico-de-animais-razoabilidade-da-politica-criminal-em-defesa-da-fauna?ref=serp>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MICHAELIS. **Dicionário online da Michaelis.** Editora Melhoramentos. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=D9Z5M>. Acesso em: 03 out. 2019.

MICHAELIS. **Dicionário online da Michaelis.** Editora Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/empatia>. Acesso em: 03 nov. 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental em foco:** doutrina, jurisprudência e glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÓL, Samylla. **Nós e os animais:** um convite ao ver. Divinópolis: Artigo A, 2017.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil:** uma breve história. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

NACONECY, Carlos Michelin. **Ética e Animais:** um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Unesco. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf> Acesso em: 04 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano.** Estocolmo, 1972. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf Acesso em: 28 ago. 2019.

PAZZINI, Bianca. **Direitos Animais e Literatura.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais.** 4 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, B. S. O. G.; FERRAZ, L. B. **Compreendendo o direito:** os animais como bem ou sujeito de direito. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67359/compreendendo-o-direito-os-animais-como-bem-ou-sujeito-de-direito> Acesso em: 29 maio 2019.

SINGER, Peter. **Ética Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. SINGER, Peter. **Libertação animal.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SINGER, Peter. Os animais têm direitos? In: GALVÃO, Pedro (Org.). **Os animais tem direitos?** Perspectivas e argumentos. Rio de Janeiro: Dinalivro, 2011.

SOUSA, Célia Regina Nilander de. **O crime de crueldade contra animais não humanos à luz do bem jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela penal de animais:** uma compreensão onto-antropológica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.





APÊNDICE I – QUESTIONÁRIO PARA LEVANTAMENTO DE DADOS

CENTRO UNIVERSITÁRIO – CATÓLICA DE SANTA CATARINA CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC LEVANTAMENTO DE DADOS POR MEIO DE ENTREVISTA

Olá, meu nome é **Eduarda Cintra Machado**, sou acadêmica do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário – Católica de Santa Catarina em Joinville e estou fazendo uma pesquisa para o Trabalho de Conclusão de Curso – TCC sob a orientação do Prof. Me. Eliezer José Bonan Junior.

A pesquisa tem como objeto/tema: **“Animais como titulares de direitos tutelados juridicamente: consequências jurídicas nos casos de maus-tratos e a realidade na cidade de Joinville/SC”**.

O levantamento de dados por meio de entrevistas pretende identificar a realidade na cidade de Joinville/SC com relação aos casos de maus-tratos praticados contra animais.

Para tanto, peço gentilmente que responda às perguntas abaixo, conforme entender mais adequado, justificando sua resposta, sempre que possível.

A participação nesse estudo é voluntária, mas, mesmo não tendo benefícios diretos em participar, indiretamente, você contribuirá para a compreensão do fenômeno estudado e para a produção de conhecimento científico.

Suas respostas serão indicadas no Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, por isso, **ao participar da pesquisa você autoriza a divulgação dos resultados**. Caso prefira que sua identidade seja mantida em sigilo, peço que manifeste expressamente.

Agradeço muito sua participação e contribuição com a pesquisa!

Obrigada!

PERGUNTAS DA ENTREVISTA

1) Qual a função do órgão/instituição em que você atua com relação à proteção dos animais?

R.:

2) Como ocorre (qual é o procedimento do órgão/instituição para) a proteção dos animais em casos de maus-tratos?

R.:

3) Como você define o cenário atual em Joinville com relação aos animais que sofrem maus-tratos?

R.:

4) Na sua opinião, qual a importância da proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.:

5) Na sua opinião, de quem é a responsabilidade pela proteção dos animais vítimas de maus-tratos (órgãos governamentais, ONG's, tutor do animal, todas as pessoas)?



Também, na sua opinião, qual a importância da atuação dos órgãos governamentais, das ONG's, dos tutores e da população em geral na proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.:

6) Na sua opinião, a proteção por parte dos órgãos governamentais aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetividade, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte dos órgãos governamentais em Joinville?

R.:

7) Na sua opinião, a proteção por parte de órgãos não governamentais (ONG's) aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetividade, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte de órgãos não governamentais (ONG's) em Joinville?

R.:

8) De acordo com seu conhecimento, quais são as consequências (sanções aplicáveis) para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC?

R.:

9) O órgão/instituição em que você atua tem regulamentação própria indicando sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC? Em caso positivo, quais são as sanções previstas? Em caso negativo, quais as regulamentações (leis) aplicadas?

R.:

10) Na sua opinião, as sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC são efetivas/suficientes para a proteção dos animais e para evitar novas práticas de maus-tratos? Em caso negativo, na sua opinião, quais sanções seriam mais efetivas?

R.:



ANEXO I – ENTREVISTA 1

ENTREVISTADA 1: Liliane Freitas Lovato

ÓRGÃO: Frada - Frente de Ação pelos Direitos Animais (ONG)

RESPOSTAS DA ENTREVISTA

1) Qual a função do órgão/instituição em que você atua com relação à proteção dos animais?

R.: A Frada - Frente de Ação pelos Direitos Animais, atua em resgates, campanhas de castração, vacinação e adoção consciente. Atua em políticas públicas, por exemplo, escrevemos a lei 360/2011 e pressionamos o prefeito da época, para que colocasse a lei em votação, através de muitas conversas, manifestações, petições públicas e ação civil pública. A frada também realiza palestras em escolas, faculdades e empresas sobre tutela responsável, abandono e a importância da castração.

2) Como ocorre (qual é o procedimento do órgão/instituição para) a proteção dos animais em casos de maus-tratos?

R.: Primeiro verificamos a veracidade da denúncia, pois a grande maioria das denúncias de maus-tratos são falsas. Caso seja verdadeira, analisamos se adiantaria apenas uma conversa orientando a pessoa, se o caso é para a fiscalização da Secretária de Agricultura e Meio Ambiente (SAMA) ou se é caso de polícia. Se for caso de apenas orientar, nós mesmos, como voluntários fazemos isso. Se o animal está razoavelmente bem, mas precisa melhorar as condições do local ou ele fica preso em uma corrente, registramos uma ocorrência em ouvidoria, no site da Prefeitura, para que a fiscalização vá até o local e dê um prazo para se adequarem, ou levam uma multa. Se o animal estiver em situação visível de sofrimento, tendo um tutor em casa, chamamos a polícia militar, pois ao pegar um flagrante eles agem, geralmente retirando o animal do local e gerando um termo circunstancial. Se o animal estiver em situação de maus-tratos em uma casa que dificilmente tem alguém, solicitamos ajuda da polícia civil.

3) Como você define o cenário atual em Joinville com relação aos animais que sofrem maus-tratos?

R.: Falta punição. Os fiscais da SAMA não multam e os policiais não prendem os agressores. Existe lei, mas não é cumprida.

4) Na sua opinião, qual a importância da proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.: A proteção animal só existe porque a população é irresponsável e o poder público é extremamente falho. Se as pessoas fossem responsáveis e assumissem seus animais até o final e se o poder público cumprisse as leis que protegem os animais à risca, a proteção animal seria totalmente desnecessária. Hoje, a proteção animal faz um trabalho de “enxugar gelo”. As pessoas romantizam, mas não tem nada de romântico. As protetoras se endividam e deixam suas vidas de lado por não conseguirem virar as costas para um animal em sofrimento.

5) Na sua opinião, de quem é a responsabilidade pela proteção dos animais vítimas de maus-tratos (órgãos governamentais, ONG's, tutor do animal, todas as pessoas)?



Também, na sua opinião, qual a importância da atuação dos órgãos governamentais, das ONG's, dos tutores e da população em geral na proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.: A responsabilidade é dos tutores, sempre dizemos que ninguém é obrigado a gostar de animais e muito menos levar um para casa, mas se adotou ou comprou, precisa cuidar adequadamente até o final. E os tutores deveriam ser obrigados por lei a pagar todo o tratamento do animal resgatado. A atuação dos órgãos governamentais é essencial, pois infelizmente as ONG's não tem poder algum de punir, só de denunciar e fazer o que estiver ao seu alcance para tentar salvar um animal em sofrimento. As ongs estão aí para suprir uma falha dos órgãos públicos, dos tutores e dos cidadãos em geral. Se todos fossem responsáveis, não haveria necessidade de existir ongs.

6) Na sua opinião, a proteção por parte dos órgãos governamentais aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetividade, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte dos órgãos governamentais em Joinville?

R.: Não é efetiva. Para que fosse efetiva, os órgãos públicos precisariam apenas cumprir as leis já existentes. Por exemplo, na lei 360/2011 diz que é maus-tratos animais presos em correntes. Bastaria o fiscal chegar no local e multar o tutor. Matar um animal ou cometer maus-tratos extremo, se o policial quisesse poderia prender o agressor em flagrante, mas ao invés disso ele gera um termo circunstancial. Basta cumprir a lei.

7) Na sua opinião, a proteção por parte de órgãos não governamentais (ONG's) aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetividade, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte de órgãos não governamentais (ONG's) em Joinville?

R.: Hoje Joinville conta com um Centro de Bem-Estar Animal (CBEA). Para uma cidade de 600 mil habitantes é insuficiente. O órgão conta com parcerias em clínicas conveniadas para castrações e atendimento de emergência, mediante uma ocorrência e avaliação se o caso é ou não emergencial. O atendimento nem sempre é eficaz, então, muitas vezes as ongs optam por levar o animal em sofrimento para uma clínica particular e fazer uma campanha de arrecadação de dinheiro para poder pagar o tratamento.

8) De acordo com seu conhecimento, quais são as consequências (sanções aplicáveis) para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC?

R.: Praticamente nula, tem diversos processos ativos no Ministério Público, que quando chega no juiz é arquivado. Não há punição alguma aos infratores.

9) O órgão/instituição em que você atua tem regulamentação própria indicando sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC? Em caso positivo, quais são as sanções previstas? Em caso negativo, quais as regulamentações (leis) aplicadas?

R.: Não tem, as ONG's não têm poder algum nesse sentido.

10) Na sua opinião, as sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC são efetivas/suficientes para a proteção dos animais e para evitar



novas práticas de maus-tratos? Em caso negativo, na sua opinião, quais sanções seriam mais efetivas?

R.: NÃO RESPONDIDO

ANEXO II – ENTREVISTA 2

ENTREVISTADA 2: Cristina

ÓRGÃO: Abrigo Animal de Joinville/SC

RESPOSTAS DA ENTREVISTA

1) Qual a função do órgão/instituição em que você atua com relação à proteção dos animais?

R.: A associação abrigo animal é uma instituição sem fins lucrativos que tem objetivo de salvar animais em estado de abandono e maus-tratos, restabelecer sua saúde, vacinar, castrar e promover a sua adoção segura em ambiente saudável com tutores responsáveis.

2) Como ocorre (qual é o procedimento) do órgão/instituição para a proteção dos animais em casos de maus-tratos?

R.: Verificar a realidade dos fatos, fazer boletim de ocorrência na delegacia responsável e caso seja necessário proceder com a retirada do animal do local devidamente acompanhado de policiais. Levar o animal para uma clínica para ser atendido caso seja necessário. Após a liberação do animal pelo veterinário e pela justiça, promover a sua adoção responsável.

3) Como você define o cenário atual em Joinville com relação aos animais que sofrem maus-tratos?

R.: Atualmente temos mais atendimentos e resgates do que a 19 anos atrás quando nossa ONG foi criada, mas, ainda precisamos avançar muito nessa questão, principalmente na área de punição aos praticantes dessas atrocidades. Ou seja, muitos protetores defendendo e socorrendo os animais, mas pouca punição, nossa lei é muito branda.

4) Na sua opinião, qual a importância da proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.: Na nossa realidade é importantíssimo, vital para a saúde/bem-estar dos animais. As pessoas têm que respeitar todas as vidas sejam humanas ou de animais, todas tem seu valor fundamental no mundo/meio ambiente. Nós precisamos dos animais e, portanto, devemos respeitar e preservar a vida e o bem-estar deles. Respeitando a vida dos animais também respeitamos as outras pessoas. Mas nem todas as pessoas evoluem nesse sentido e acabam por causar muita dor e sofrimento aos animais com os quais convivem. É nessa hora que a proteção animal seja por órgãos governamentais ou ONGS é fundamental para aliviar o sofrimento desses animais que estão sendo vítimas. Também se faz muito importante a proteção dos vizinhos dessas pessoas que estão causando o sofrimento, pois, são os vizinhos que conseguem ter visão e conhecimento do que está ocorrendo e, portanto, são eles que tem que acionar / iniciar algum tipo de resgate/ salvamento do animal. Muitas vidas são salvas quando todos que podem fazer alguma



coisa se juntam e tomam uma atitude. Os animais também têm direito a uma vida saudável e feliz.

5) Na sua opinião, de quem é a responsabilidade pela proteção dos animais vítimas de maus-tratos (órgãos governamentais, ONGS, tutor do animal, todas as pessoas)? Também na sua opinião, qual a importância da atuação dos órgãos governamentais, das ONGS, dos tutores e da população em geral na proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.: A responsabilidade perante a lei é dos órgãos governamentais, porém, nós como seres humanos temos o dever de proteger suas vidas e, quando as agressões acontecem, todas as pessoas, tutor, vizinho, amigo, ongs, governo, sociedade em geral devem agir para cessar o sofrimento desse animal em maus-tratos. Não podemos nos isentar somente porque a lei diz que o governo é o responsável. Devemos agir com humanidade, os animais são indefesos e, portanto, precisam de nós para os defender e proteger dos maus-tratos.

6) Na sua opinião, a proteção por parte dos órgãos governamentais aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetiva, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte dos órgãos governamentais em Joinville?

R.: Infelizmente não é efetiva. Joinville precisa de mais policiais atuando nessa área, uma delegacia especializada em casos com animais, maior rigor nas penalizações. Também precisa um hospital veterinário para o atendimento a esses animais. E, na minha visão, uma secretaria/departamento para realizar políticas públicas de vacinação, castração e educação que resultem em maior conscientização das pessoas. Proporcionar orientação diretamente nas casas e nas escolas de como conviver com os animais, respeitando todo tipo de vida e assim tentar evitar muitas situações de maus-tratos.

7) Na sua opinião, a proteção por parte de órgãos não governamentais (ONGS) aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetiva, na sua opinião o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte de órgãos não governamentais (ONGS) em Joinville?

R.: Sim, ela é efetiva por parte de algumas ongs e protetores independentes. Mas, a ação deles poderia ser maior e mais abrangente se essas ongs e protetores tivessem maior apoio, principalmente de policiais para a proteção no momento de realizar a vistoria no local e proceder com os resgates e atendimentos veterinários, pois, geralmente os casos de maus-tratos acabam por afetar e muito a saúde do animal. Também se faz necessário maior rigor por parte dos órgãos de justiça para a devida punição dos agressores.

8) De acordo com seu conhecimento, quais são as consequências (sanções aplicáveis) para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville?

R.: Até onde tive conhecimento as punições aplicadas atualmente em Joinville são apenas com pagamento de multas/ valores ou em forma de serviço comunitário.

9) O órgão/instituição em que você atua tem regulamentação própria indicando sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville? Em caso



positivo, quais são as sanções previstas? Em caso negativo, quais as regulamentações /leis aplicadas?

R.: Não, a associação abrigo animal não possui regulamentação para esses casos, pois essa função é da justiça (delegados, promotores e juízes).

10) Na sua opinião, as sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville são efetivas/suficientes para a proteção dos animais e para evitar novas práticas de maus-tratos? Em caso negativo, na sua opinião, quais sanções seriam mais efetivas?

R.: Não, infelizmente não. Acredito que para haver uma mudança teria que haver a prisão dos agressores sem direito a fiança. Penalizações brandas como pagar multa ou fazer serviços comunitários não se mostraram efetivos na minha opinião.

ANEXO III – ENTREVISTA 3

ENTREVISTADA 3: Tania Regina Larson

FUNÇÃO: Vereadora

RESPOSTAS DA ENTREVISTA

1) Qual a função do órgão/instituição em que você atua com relação à proteção dos animais?

R.: A Câmara de vereadores de Joinville é um órgão legislativo e fiscalizatório, portanto nossa responsabilidade é elaborar leis que beneficiem a proteção animal e também, atuar como órgão fiscalizador, observando se o município tem cumprido seu papel quanto a proteção animal.

2) Como ocorre (qual é o procedimento do órgão/instituição para) a proteção dos animais em casos de maus-tratos?

R.: Em caso de maus-tratos que ensejem apenas orientação (casos não tão graves) orientamos a abrir protocolo na ouvidoria da prefeitura e desta forma, um fiscal irá até o local averiguar a situação.

Nos casos mais graves e urgentes, é necessário acionar a polícia civil e esta dará o encaminhamento cabível ao CBEA (Centro do bem estar animal) onde o animal será consultado, microchipado e ganhará castração.

Importante salientar que no CBEA há um número limitado de animais, portanto na maioria das vezes é necessário que os munícipes deem lar temporário para esses animais retirados de maus-tratos até a adoção.

3) Como você define o cenário atual em Joinville com relação aos animais que sofrem maus-tratos?

R.: Atualmente temos um cenário bem complicado em Joinville, sabe-se que a lei federal tem penas brandas e desta forma, ocorre muita impunidade, até mesmo pelas pessoas não quererem se indispor com vizinhos, amigos ou familiares, com isso acabam desistindo de denunciar.

Outro, porém, é que como já citei o CBEA tem lotação limitada e maioria das pessoas não quer se responsabilizar por esses animais retirados de maus-tratos.



Hoje na lei municipal, temos um projeto de minha autoria visando a microchipagem obrigatória de animais para que em caso de abandono ou negligência, ser possível por meio do microchip identificar seu tutor.

4) Na sua opinião, qual a importância da proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.: Os animais não têm voz, não podem pedir comida, não conseguem dizer que estão com frio, não podem pedir um cobertor, um abrigo... por isso temos que protegê-los pois apesar de serem muitos, eles também fazem parte de uma minoria negligenciada pelo Estado.

Além disso, são extremamente dependentes e necessitam de cuidados por toda vida, nós domesticamos os animais e agora é nosso dever cuidar deles.

5) Na sua opinião, de quem é a responsabilidade pela proteção dos animais vítimas de maus-tratos (órgãos governamentais, ONG's, tutor do animal, todas as pessoas)? Também, na sua opinião, qual a importância da atuação dos órgãos governamentais, das ONG's, dos tutores e da população em geral na proteção dos animais vítimas de maus-tratos?

R.: A responsabilidade maior sempre é do tutor que normalmente é quem comete os maus-tratos por pura maldade ou por motivos totalmente fúteis.

Porém, os órgãos governamentais também precisam fazer sua parte para conter os maus-tratos, com políticas públicas repressivas a esses atos.

Hoje a maior necessidade é que a lei federal seja reformulada e haja punição de prisão para maus-tratos (já há projetos tramitando) pois atualmente a pena é só reclusão o que normalmente significa: o infrator cometer o crime, na maioria das vezes com requintes de crueldade, assinar um termo circunstanciado e sair pela porta da frente da delegacia para posteriormente ser julgado e pagar uma multa, doar umas cestas básicas ou ter que fazer algum serviço social.

No âmbito municipal, a prefeitura precisa investir mais em castração e microchipagem dos animais para primeiramente barrar a superpopulação animal e evitar que mais animais corram o risco de sofrerem maus-tratos e na microchipagem para justamente garantir a punição do tutor do animal no caso de violação, tendo uma forma de comprovar que o animal é dele. Hoje o que mais temos em termo de maus-tratos é o abandono e a falta de assistência quando os animais se envolvem em acidentes (normalmente pela irresponsabilidade do tutor em deixar que os mesmos dêem voltinhas desacompanhados) e nesses casos, a maioria dos tutores quando indagados nega a tutoria do animal. Nesse sentido a importância da microchipagem em massa dos animais da cidade.

Pertinente também ressaltar a importância do envolvimento da comunidade fazendo as denúncias e se propondo a ajudar as ONG'S e protetores independentes de Joinville que tanto sofrem e hoje fazem um trabalho que a prefeitura deveria estar desenvolvendo pois são muitos cães em situação de maus-tratos e principalmente de abandono.

6) Na sua opinião, a proteção por parte dos órgãos governamentais aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetividade, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte dos órgãos governamentais em Joinville?



R.: Apesar de ter melhorado significativamente, não posso dizer que ela é suficiente, pois se fosse não teríamos tantos casos de maus-tratos.

Acredito que o que falte é a maior preocupação da prefeitura em diminuir o número de animais nas ruas através da castração e da microchipagem e também maior apoio às ONG'S e protetores independentes que tanto lutam.

Além disso, acredito que a fiscalização por parte da SAMA (Secretaria de Agricultura e meio ambiente) na averiguação das denúncias precisa ser mais dura e ter um olhar mais sensível a real condição do animal.

Importante também destacar a necessidade de toda comunidade colaborar fazendo denúncias e auxiliando as ONGs e protetoras independentes quando é necessário que as mesmas dêem lar para esses cães retirados.

7) Na sua opinião, a proteção por parte de órgãos não governamentais (ONG's) aos animais vítimas de maus-tratos em Joinville é efetiva/suficiente? Caso sua resposta seja pela não efetividade, na sua opinião, o que seria necessário para uma proteção efetiva aos animais vítimas de maus-tratos por parte de órgãos não governamentais (ONG's) em Joinville?

R.: Não acredito ser totalmente eficiente pois hoje apesar do grande avanço em algumas políticas públicas ainda não contamos com total apoio do município na causa. Porém, todas as ONG'S fazem muito mais do que poderiam, a maioria acaba resgatando por conta própria e bancando o animal por meses e às vezes até anos, tendo que ver calada muitas vezes pessoas condenadas por maus-tratos viverem uma vida normal enquanto os custos para manutenção do animal resgatado acabam caindo sobre as suas costas.

8) De acordo com seu conhecimento, quais são as consequências (sanções aplicáveis) para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC?

R.: Além das penalidades criminais e civis, administrativamente temos conforme a lei 360 de 2011:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão dos animais, instrumentos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados no momento da infração;

IV - interdição total ou parcial, temporária ou permanente, de locais e estabelecimentos.

V - Proibição de aquisição, guarda ou tutela de animais de qualquer gênero ou espécie, pelo período de 2 (dois) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei Complementar nº 477/2017)

Sendo essas penalidades aumentadas de um sexto a um terço, se ocorrer morte do animal.

9) O órgão/instituição em que você atua tem regulamentação própria indicando sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC? Em caso positivo, quais são as sanções previstas? Em caso negativo, quais as regulamentações (leis) aplicadas?

R.: Além das sanções penais e civis que ficam a cargo do judiciário hoje temos de acordo com a lei 360/2011:

I - Advertência



II - Multa que varia de 2 a 10 UPM de acordo com a gravidade do ato praticado. (R\$ 601,04 até R\$ 3005,20)

III - apreensão do animal ou instrumentos usados no momento da infração

IV - interdição total ou parcial, temporária ou permanente do local (nos casos em que os atos praticados foram em algum estabelecimento comercial)

V- Proibição de aquisição, guarda ou tutela de animais de qualquer gênero ou espécie, pelo período de 2 (dois) a 10 (dez) anos.

Sendo que as penalidades poderão ser aumentadas de um sexto a um terço, se ocorrer morte do animal.

10) Na sua opinião, as sanções aplicáveis para quem pratica maus-tratos contra animais em Joinville/SC são efetivas/suficientes para a proteção dos animais e para evitar novas práticas de maus-tratos? Em caso negativo, na sua opinião, quais sanções seriam mais efetivas?

R.: Creio que as penalidades administrativas poderiam ser mais duras, porém, elas estão dentro dos parâmetros observados em outros municípios. Propomos recentemente o projeto de resolução nº 12/2020, que prevê a proibição da nomeação para cargos comissionados de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais, no âmbito da Câmara de Vereadores.

Nosso desafio constante é além de buscar evitar casos de maus-tratos, fazer com que as pessoas que comprovadamente cometam tais atos sofram uma série de consequências danosas que coíbam sua reincidência.

O que hoje vislumbro ser mais necessário ser agravado é a nossa lei federal, para que os maus-tratos sejam punidos como CRIME e que os autores de tais atos paguem exemplarmente pelo crime que cometeram.



O CONFLITO DE NORMAS APLICÁVEIS AOS TRABALHADORES DE NAVIOS DE CRUZEIRO

Elen Cristina Borges¹

Luis Felipe do Nascimento de Moraes²

Resumo: O aumento na procura por trabalho em navios de cruzeiro, além da obrigatoriedade das companhias em contratar tripulantes brasileiros, têm levado profissionais a aceitarem emprego sem muitas garantias trabalhistas existentes na legislação brasileira. O tema do estudo se torna importante em razão de existirem interpretações jurídicas divergentes, bem como dúvidas na aplicabilidade da lei diante da relação de trabalho entre tripulantes brasileiros e empresas estrangeiras. O objetivo é analisar o conflito de normas aplicáveis aos trabalhadores de navios de cruzeiro. Para tanto se utilizou como método a pesquisa qualitativa com análise bibliográfica e jurisprudencial. Levando-se em conta o que foi observado, foi possível verificar que não existe um consenso no judiciário sobre qual legislação deve ser aplicada nos crescentes processos que chegam ao judiciário, havendo jurisprudências que corroboram ambas as vertentes. Por fim, é possível concluir que o Brasil possui uma oportunidade de encaminhar as discussões em torno do tema ratificando a Convenção MLC (*Maritime Labour Convention*).

Palavras-chave: Tripulantes. Conflitos de normas trabalhistas. Navios de cruzeiro.

INTRODUÇÃO

O aumento de navios de cruzeiro em águas brasileiras e a promessa de remuneração em moeda estrangeira têm atraído muitos jovens para a prestação de serviços tanto no Brasil como no exterior. Diante deste cenário relacionando à globalização das relações de trabalho, o Direito Internacional Privado e o Direito do Trabalho, necessitaram de adaptações para atender ao que se demandam as novas relações de emprego.

Tal estudo explora as perspectivas dos desafios enfrentados pelos trabalhadores marítimos tanto durante sua vida laboral, quanto na ocorrência de encerramento de contratos e a garantia de seus benefícios trabalhistas, considerando que não foram pacificadas leis e regras específicas para este tipo de vínculo empregatício e por apresentarem particularidades sem amparo jurídico. Assim, o estudo busca entender os direitos trabalhistas que são passíveis de aplicação, avaliando-se as divergências entre as leis brasileiras, tratados internacionais e leis complementares.

Para se avaliar quais as normas, leis e o direito a ser aplicado, é necessário demonstrar a realidade do trabalho dos tripulantes, e assim estabelecer um vínculo com a realidade jurídica junto aos mesmos. Além disso, é significativo para o desenvolvimento e construção da pesquisa, compreender como o Tribunal Superior do Trabalho se pronuncia diante das contratações de tripulantes que prestam serviços em mais de um país, com parcela deste em território nacional, e outras jurisprudências relacionadas ao tema proposto, que envolvam o princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica ao tripulante brasileiro, elaborando a discussão sobre a competência na aplicação das leis no caso concreto, abrangendo o crescente número de ações ajuizadas por profissionais que, após terem seus contratos encerrados, entendem por certo que não lhes foram garantidos todos os seus direitos.

O texto inicia contextualizando a evolução do direito dos trabalhadores marítimos, para identificar a prática do direito do trabalho e do direito internacional e suas

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: helenborgess@gmail.com.

2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado. E-mail: lfmadv@terra.com.br.



convenções como normas norteadoras, e finaliza discutindo os processos relacionados a contratos de trabalho no Brasil e exterior.

1. DIREITO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS

Trabalhadores marítimos se encontram com uma parca legislação que normatize tal categoria. Visto isso, é necessário que se responda: qual a lei a ser aplicada para os casos de direito do trabalho dos tripulantes de navios de turismo? (FERRAZ JÚNIOR, 2001).

A resposta para tal pergunta não é tão simples. É possível verificar que os magistrados vêm decidindo de maneira divergente os casos concretos. Assim discute-se qual a disposição jurídica deve ser utilizada no momento da admissão de um trabalhador brasileiro quando este é contratado por empresa estrangeira para prestar seus serviços dentro do país e no exterior (SALIBA, 2016).

Todavia deve-se verificar a relevância de princípios no direito. Alguns são norteadores no direito do trabalho, tais como o princípio da norma mais favorável, que trata da utilização da norma que mais favorece o trabalhador nos casos de divergência entre várias normas (MORAES, 2009). Há ainda o princípio da irrenunciabilidade, estabelece que o trabalhador não pode decorrer das normas trabalhistas por sua vontade, salvo situações previstas em lei, entre outros (NASCIMENTO, 2011).

Temos também o princípio da dignidade da pessoa humana, que estabelece a proteção do indivíduo e não de corporações (PAULO e ALEXANDRINO 2011). Este princípio é fortalecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e visa à proteção específica de todas as pessoas, acompanhando a evolução internacional e a necessidade de proteção do indivíduo, nacional ou estrangeiro (SEITENFUS E VENTURA, 2006).

Com o mundo em constante evolução, é injustificável que se estabeleça apenas a doutrina do direito nacional (REALE, 2004). Neste sentido devem-se verificar alguns aspectos do trabalhador de navio cruzeiros conforme se apresenta no tópico a seguir.

1.1 O Perfil dos Trabalhadores de Navios de Turismo e sua Realidade de Trabalho

O trabalho efetuado pelos tripulantes de navio de turismo se parece com os de um trabalhador de hotel, porém realizados a bordo de uma embarcação. Estes são contratados para diversas funções, de assistentes de garçons a animadores (IALONGO, 2012).

Para a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a Convenção 185, art. 1º, trata do termo marítimo e a locução gente do mar, que caracteriza toda e qualquer pessoa contratada ou que trabalhe em qualquer função a bordo de uma embarcação, que não seja de guerra, utilizada continuamente para navegação (LEITE, 2018).

De acordo com pesquisa efetuada *on-line*, no período de 24 a 31 de maio de 2017, com um total de 189 participantes, grande parte dos trabalhadores brasileiros são jovens com ensino superior ou em conclusão, em sua maioria do sexo feminino, estão na faixa etária entre 23 e 30 anos, e possuem fluência em ao menos dois idiomas (inglês e espanhol), pois trata-se de exigência para algumas vagas (SANTANA, 2017).

Estudos indicam que trabalhadores estão expostos a ambiente insalubre, privados do convívio familiar, além da variação de culturas e climas, gerando assim problemas físicos e psicológicos como, por exemplo, o aumento da ansiedade (MARTINS, 2013).

Mesmo diante desta realidade de trabalho, isto não inibe a procura de brasileiros por este tipo de emprego. Ao contrário, este número vem aumentando como uma



alternativa de labor pouco tradicional na crise do mercado econômico (ANGELI, 2017). As normas que direcionam esta relação contratual serão apresentadas abaixo.

1.2 A Necessidade do Cumprimento das Normas estabelecidas para Empresas de Navio Cruzeiro

Com a globalização e a internacionalização do trabalho, surgiu a necessidade do estabelecimento de algumas normas para reger o tema. Uma delas foi o artigo 7º *caput* da Resolução Normativa nº 71/2006 do Conselho Nacional de Imigração – CNI, que define algumas diretrizes para que empresas estrangeiras possam trabalhar no Brasil. Uma destas obrigações é a determinação de se contratar 25% de tripulantes brasileiros para a companhia que eventualmente quisesse efetuar turismo no país (BRASIL, 2006).

Esta definição se manteve mesmo após a reforma da RN 71/2006, substituída pela RN 05/2017. A exceção se dá pelo §1º que estabelece: “excepcionalmente, nas temporadas de 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021, o percentual de que trata o *caput* será de 15% (quinze por cento), com a perspectiva do aumento do número de embarcações de cruzeiro marítimo” (RN 05/2017). O dispositivo ainda trata no §2º que esta regra não se aplica às embarcações de turismo estrangeiras que realizem viagens entre portos internacionais ou nacionais por até 45 (quarenta e cinco) dias e que transportem majoritariamente turistas cujo embarque ou desembarque ocorra em portos estrangeiros (BRASIL, 2017).

Tento em vista a obrigatoriedade do cumprimento de tal norma, ocorreu um aumento na contratação de trabalhadores brasileiros, surgindo um novo nicho de mercado de trabalho. Conforme estudo aplicado pela Associação Brasileira de Representantes de Empresas Marítimas (ABREMAR) houve o aumento na procura de viagens em navios de cruzeiro por consequência uma melhoria nas condições do turismo.

No entanto as leis que deveriam regulamentar o trabalhador de navios de cruzeiro ainda não estão perfeitamente consolidadas a respeito de como proceder na contratação de tripulantes e sobre qual lei o contrato se estabelece, visto se tratar de empresas nacionais e internacionais conforme podemos verificar no tópico a seguir.

2 O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO INTERNACIONAL E SUAS CONVENÇÕES COMO NORMAS NORTEADORAS

Visto que o alto-mar é uma faixa que não possui jurisdição de nenhum Estado, a intensificação das navegações, o tráfego de mercadorias, pessoas, e as relações de trabalho sem uma jurisdição própria, se mostrou necessária a criação de uma norma que suprisse a ocorrência da falta de uma lei que regulamentasse tais questões (BOMFIM *et. al*, 2017).

Em 1928 surgiu o Código de Bustamante, o primeiro instrumento que regulou questões jurídicas em navios e aeronaves, determinando que demandas judiciais fossem regulamentadas pela nacionalidade da embarcação (BOMFIM *et. al*, 2017). Ocorre que tal recurso começou a apresentar problemas em relação às lacunas de legislação de alguns países, estabelecendo a chamada ‘bandeira de conveniência’, isto é, era utilizada a bandeira de um determinado país com o intuito de encontrar legislações fracas no âmbito trabalhista ou tributário (BOMFIM e CARELLI, 2017).

Verificando-se a necessidade de uma solução para o combate às bandeiras de conveniência, vez que não estava sendo devidamente eficaz, a Organização Internacional do Trabalho – OIT passou a atuar diretamente neste cerne (TONIAL, 2018). De acordo com Martins (2013):



A OIT tem por missão promover oportunidade para que homens e mulheres possam ter um trabalho em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade da pessoa humana, consideradas fundamentais para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais.

Ainda no intuito de garantir decisões justas e estabelecer a democracia, existe dentro da OIT o princípio do tripartismo, que determina que as deliberações devam ser resolvidas em conjunto entre os trabalhadores, os empresários e o governo (NASCIMENTO, 2011).

No ano de 2001, a OIT dedicou atenção especial na elaboração de normas marítimas constantes das convenções e recomendações no âmbito do trabalhador marítimo, já que este não tinha garantias de trabalho e segurança. Como resultado disso, em 2006, a Organização adotou a convenção consolidada sobre o trabalho marítimo (*Maritime Labour Convention - MLC*) como forma de amparar esses trabalhadores, contribuindo para melhores condições de emprego e benefício dos marítimos, bem como garantir condições de trabalho mais análogas para os profissionais (MARTINS, 2013). Para Pedroso *et. al.* (2017), a MLC ocorreu ainda em decorrência do desconhecimento do setor marítimo e a sua realidade por parte da população em terra, da difícil regulação da profissão e da falta de proteção jurídica.

Com a consolidação da MLC foi possível a elaboração de um Código Internacional do Trabalho Marítimo com a possibilidade de regulamentar a profissão de tripulante, bem como o combate à prática das chamadas 'bandeiras de conveniência' (MARTINS, 2013).

Ainda de acordo com Martins (2013), a convenção sistematizou em um único dispositivo, normas decorrentes de determinadas convenções, sendo as principais adotadas pela Organização Marítima Internacional (OMI): a Convenção de Solas (salvaguarda da vida humana no mar), a Convenção Marpol (prevenção da poluição por navios) e a Convenção STCW (normas de formação, certificação e serviço de quartos para os marítimos) além da MLC (que vem para destacar a questão humana).

A MLC estabelece os direitos dos trabalhadores marítimos, independente de qual seja o pavilhão do navio, constituindo deveres entre as empresas, os Estados da bandeira do navio, o Estado do porto e o Estado fornecedor de mão de obra (MARTINS, 2013).

Segundo Martins (2013) no setor Internacional a efetiva proteção ao trabalho ocorre por meio de Convenções e Tratados realizados por Organizações Internacionais entre Estados soberanos. A Convenção sobre o Trabalho Marítimo entrou em vigor em 30 de agosto de 2013, porém o Brasil ainda não é signatário, e não ratificou a convenção em seu ordenamento jurídico (SINDMAR, 2016).

Além das mencionadas, existem outras leis e entendimentos jurídicos para tentar combater a chamada 'bandeira de conveniência ou lei do pavilhão', como podemos verificar no tópico seguinte.

2.1 O Cancelamento da Súmula 207 e a Aplicabilidade da Lei 7064/82

A súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho definia que as relações de trabalho dos tripulantes de navio de cruzeiros eram estabelecidas pela *lex loci executionis*, ou seja, a lei aplicável era a do local de prestação de serviços, portanto a bandeira do navio, e não o local da contratação do trabalhador (LARA *et. al.*, 2013).

Diante de tantos julgados sobre o afastamento da súmula no sentido de aplicar a lei mais favorável, ocorreu o cancelamento da mesma no dia 16 de abril de 2012 pelo TST. Este cancelamento tinha como intenção priorizar o artigo 9º da lei de Introdução às



Normas do Direito Brasileiro, que prevê: para qualificar e reger as obrigações aplica-se a lei do país em que se constituírem os contratos (MORAES, 2014).

Com o cancelamento da súmula 207, foi possível a aplicação do princípio da norma mais favorável que estabelece:

O operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação da ação legislativa portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista) (DELGADO, 2016, p. 212).

Sendo assim ocorreu a possibilidade da aplicação da lei 7604/1982, com a finalidade de garantir maiores direitos trabalhistas e estimular o combate a lei do pavilhão, para casos de um trabalhador contratado no Brasil por empresa com sede dentro do país, deve ser aplicada a lei mais favorável. Através dessa técnica legal, ampliou-se a forma de admissão, não somente na área marítima, mas para outras áreas de trabalho fora do país, estabelecendo assim a teoria '*most significant relationship*', ou seja, a teoria do centro da gravidade, que encontra apoio no Brasil e nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte Americana entendeu que deveria afastar a lei do pavilhão nos casos em que as empresas de Navio Cruzeiro estabelecessem seu centro de negócios nos Estados Unidos da América, empregando a maior parte da tripulação norte-americana (BOMFIM *et.al.*, 2017).

No entanto, nas relações de trabalho internacional não se estabelece apenas a lei brasileira, gerando conflito com outras convenções e tratados internacionais, conforme se verifica a seguir.

2.2 O Conflito de Normas Trabalhistas no Espaço

O Direito Internacional Privado do Trabalho estabelece suas características associadas ao conjunto de normas de direito público interno dos Estados, assim, procura encontrar o direito aplicável utilizando de elementos de conexão no intuito de verificar a lei aplicável, sendo ela brasileira ou estrangeira, para casos em que é possível adotar diversas normas no mesmo caso concreto, é possível verificar que para a solução do conflito é necessário a análise da lei a ser utilizada e a justiça competente (DEL'OMO *et. al.*, 2017).

Cabe ressaltar ainda que, segundo (MARTINS, 2013, p. 442)

O conflito de normas trabalhistas marítimas é temática pouco tratada na doutrina, e poucos precedentes jurisprudenciais se referem, em específico, aos contratos internacionais de trabalho marítimo. Considerada a escassez de referência, não há como se afirmar a efetiva prevalência de regras de conexão no Direito brasileiro [...]. Em uma visão pragmática, pode-se considerar, contudo, que se segue a tangente de aplicabilidade da lei brasileira ao contrato internacional de trabalho, se consolidada a jurisdição brasileira na resolução da lide trabalhista. Tem-se a tendência de incidência da *lex fori* com base nos preceitos emanados do art. 651 da clt e da Súmula n. 207, do princípio da territorialidade com fulcro no art. 198 ou, ainda, pela exegese emanada dos princípios favor *laboris* e pela natureza de ordem pública das normas trabalhistas (art. 17 da Lindb), sendo ainda constatado precedente propugnando pelo princípio '*the most significant relationship*'. As teses de conexão *lex loci contractus* e *lex voluntatis* praticamente não são suscitadas. A teoria da primazia da lei da bandeira não encontra respaldo.



A aplicação da lei para casos de trabalhadores de navio de cruzeiros não está completamente pacificada existindo muitos conflitos entre o direito internacional e o direito do trabalho interno. A aplicação de tais normas estão sujeitas a algumas regras específicas, conforme se depreende no tópico abaixo.

2.3 A Aplicação das Normas Trabalhistas

De acordo com Martins (2013), nos casos de solução de lides do direito trabalhista e direito internacional, está sujeita a regras de conexão, recomendadas pelo direito internacional privado que estabelece normas para relações multinacionais. Nestes casos cada direito estatal determina seu sistema de conexão, sendo comum o direito positivo e a jurisprudência estabelecendo alguns elementos que integram a estas regras de conflito.

A legislação brasileira aplica o entendimento consolidado pela Lindb, art 9º com relação ao DIPr, que estabelece que a lei aplicável para relações contratuais é a lei do país onde foi constituído, a *lex loci contractus* (DEL'OMO et. al., 2017).

Pode-se verificar num caso concreto este elemento de conexão no Agravo de Instrumento abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL PARA PRESTAR SERVIÇOS NO EXTERIOR. LEI BRASILEIRA. INCIDÊNCIA

1. Aplica-se a lei brasileira aos contratos de trabalho celebrados no Brasil que tenham por objeto a prestação de serviços em país diverso caso a legislação pátria seja mais benéfica ao empregado se comparada com normas estrangeiras. Inteligência da Lei nº 7.064/82.

2. Revela-se ainda mais imperativa a aplicação da lei nacional ao empregado contratado no Brasil para prestação de serviços no exterior [...].Agravo de instrumento a que se nega provimento (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2014).

O caso concreto se trata de agravo interposto pelo reclamado que não considera a justiça brasileira competente, e sim a estrangeira. No entanto o nobre julgador considerou que o reclamante firmou contrato de trabalho dentro do país sendo transferido posteriormente para Angola para a prestação dos serviços, portanto a lei competente é a trabalhista brasileira por ser a mais favorável ao trabalhador, aplicando a lei nº 7.064/82.

O sistema de direito internacional privado trabalhista aplica-se junto ao contrato de trabalho de natureza territorial (*lex loci executionis*) estabelecendo assim a orientação do contrato internacional de trabalho através da lei de execução do contrato ou do local da prestação de serviços (*lex loci laboris*). Já a linha tradicional, entende que o local do labor é o elemento de conexão para a solução de conflitos de leis trabalhistas no espaço, e esse critério vale também para os contratos de trabalho internacionais (MARTINS, 2013).

O critério consolidado pelo direito internacional privado do trabalho referente a *lex loci laboris* para o contexto marítimo é muito mais complexo diante do setor *shipping* e diferente do sistema já aplicado aos contratos de trabalho marítimo internacional (MARTINS, 2013).

Estas regras de conexão podem ser analisadas na relação prática da efetivação dos contratos de trabalho conforme o tópico abaixo.

3. OS CONTRATOS DE TRABALHO NO BRASIL E NO EXTERIOR

O conceito de contrato de trabalho é definido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no artigo 442, que o estabelece como um acordo tácito ou expresso entre



as partes, por prazo determinado ou indeterminado, correspondente a relação de emprego.

Doutrinariamente é um negócio jurídico de direito privado entre pessoa física que se compromete a prestar serviços, diante do pagamento de remuneração por outra pessoa física ou jurídica. No entanto esse conceito recebe críticas por parte de algumas doutrinas, pois apenas apresenta a relação jurídica entre as partes (NAZAR, 2007).

Segundo Martins (2013), ao tratar de contratos de trabalho internacionais, se verifica uma relação um pouco diferente, a relação jurídica se fundamenta com conexão internacional. Ou seja, os contratos de trabalho internacionais consideram a existência de um elemento de estraneidade, podendo ser o local da contratação, a nacionalidade, o local da prestação de serviços, entre outros (NAZAR, 2007).

Diante de tantas variáveis entre o Direito do Trabalho e Direito Internacional, existe um encontro jurídico com o Direito Internacional Público, que leva ao Direito Internacional do Trabalho. Através dele se apresenta a OIT, que institui normas universais que tornem mais justas e humanas as relações de trabalho. Neste sentido é necessário analisar a participação de um número crescente de estrangeiros e brasileiros no mercado de trabalho internacional, resultando em conflitos e ações na Justiça (DEL`OLMO *et al.*, 2017).

Com o entendimento do Direito Internacional do Trabalho, as normas internacionais interferem nos direitos internos de cada país, e com isso verifica-se uma constante preocupação com as normas internas de proteção ao trabalhador, visto que o direito do trabalho tem cunho social, sendo perfeitamente relevante que as normas nacionais ou internacionais ultrapassem as questões que são ligadas apenas a condições de trabalho, alcançando também as questões sócio-econômicas (MAZZUOLI, 2018).

Para os casos concretos diante da lei brasileira, as contratações de tripulantes para laborar dentro e fora do país são previamente estabelecidas. Sobre esta questão é possível analisar nos próximos tópicos.

3.1 A Competência Trabalhista e Jurisdição Internacional diante do Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade estabelece que os contratantes possuam liberdade para contratar e regulamentar seus interesses, sendo eles sobre os efeitos e formas de contrato, com o intuito de estabelecer combinações, sem a intervenção do Estado (NAZAR, 2007).

No direito internacional do trabalho não se tem a mesma prevalência do princípio da autonomia das partes como no direito do comércio internacional. Existe um entendimento tradicionalista nos contratos que envolvem o direito do trabalho, sobre quais as regras são essenciais e não podem ser afastadas, ainda que seja pela manifestação entre a vontade das partes, ainda existe a necessidade da verificação da desigualdade e o desequilíbrio entre as partes, pois estes são grandes diante dos contratos de trabalho (MARTINS, 2013).

Embora a tendência tradicionalista, em sua maioria, trata da impossibilidade de admissão do princípio da autonomia da vontade entre as partes, existem teorias diferentes que difundem sobre a possibilidade de admissão do princípio da autonomia da vontade no direito material no contrato internacional de trabalho, sob a condição de não afetar a imperatividade das normas trabalhistas e os preceitos de ordem pública (MARTINS, 2013).



Ainda que diante da aceitação da autonomia da vontade entre as partes pelo DIPr como elemento de conexão, estando presente em convenções internacionais, a opção pela lei competente para regularizar é especial. A doutrina aceita casos em que, para contratos estabelecidos no exterior, seja indicada a lei brasileira. No entanto existe a necessidade de salientar a cautela para cláusula em contrato internacional no Brasil, pois algumas doutrinas brasileiras não são favoráveis a autonomia da vontade, visto que existem abusos na relação entre trabalhador e empregador. (DEL`OLMO *et al.*, 2017).

No direito brasileiro mesmo diante da existência da lei 9.307/96 que trata da arbitragem, existe a limitação da autonomia da vontade entre as partes evidenciando alguns princípios, e um deles trata do princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade, que dispõe que o empregado não pode renunciar por sua simples manifestação de vontade à direitos e vantagens que lhe são asseguradas a ordem jurídica, ocorrendo a possibilidade de prejuízo ao trabalhador tal renúncia, reconhece-se assim a arbitragem como uma desvantagem para este na relação contratual (DELGADO, 2016).

Muito embora os contratos internacionais de trabalho aceitem as cláusulas de eleição do foro, para o direito brasileiro existe uma limitação, gerando um conflito entre competência concorrente e a autonomia da vontade. A lei brasileira estabelece limites para cláusulas de eleição de foro, conforme análise do artigo 114 da CF que aduz que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de relação do trabalho (MARTINS, 2013).

Podemos encontrar limites também no artigo 651, §2 da CLT que estabelece a competência das Varas do Trabalho, e estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo o contrário (Brasil, 1943).

É necessário verificar que o artigo 318 do Código de Bustamante indica o acatamento voluntário dos litigantes à justiça de qualquer país, desde que uma das partes seja nacional ou nele seja domiciliada, ocorrendo o mesmo na jurisdição voluntária (CARRION, 2019).

Apesar de existir filiações para os dois lados do entendimento, os contratos estabelecidos entre companhias internacionais e tripulantes brasileiros possuem normativas específicas conforme se apresenta no tópico a seguir.

3.2 Dos Contratos com Tripulantes Brasileiros para Prestação de Serviço no Brasil ou Transferidos para o Exterior

Para os casos em que a contratação do tripulante brasileiro é efetuada no Brasil, com embarque, desembarque e trabalho no país, ainda que o navio seja de propriedade de empresa estrangeira, estas situações estão estabelecidas em lei. O artigo 7º da RN 05/2017 define que brasileiros recrutados para efetuar seu labor no Brasil, apenas na temporada brasileira, devem ser contratados pela empresa de cruzeiros estabelecida no país. No caso de ausência da mesma, a contratação pode ocorrer pelo agente marítimo responsável pelas embarcações, sendo que o contrato de trabalho fica subordinado à legislação brasileira.

O parágrafo único do artigo 7º da RN 05/2017 estabelece também que a chamada “temporada brasileira” compreende o período de 30 dias antes da partida do navio em direção ao primeiro porto brasileiro e 30 dias após a saída do último porto brasileiro, incluindo as ausências eventuais, para os casos de navios com rotas em portos internacionais como Uruguai, Argentina entre outros. A estadia brasileira de cruzeiros tem



uma duração de 3 a 4 meses e os contratos de trabalho de tripulantes para cruzeiros possuem um tempo médio de 6 a 9 meses, o que ultrapassa o tempo da temporada brasileira (LIMA *et al.*, 2010).

Ademais a súmula 207 do TST estabelecia que as relações de trabalho fossem através da *lex loci executionis* e a mesma foi cancelada como se esclarece no tópico 2. Ou seja, não se aplica o local da prestação de serviço para as relações de trabalho (LARA *et al.*, 2013).

Nas contratações de brasileiros para efetuar seu labor como tripulante de navio turístico, com prestação de serviços no país e no exterior, faz-se o uso do art. 9º da LINDB que estabelece como elemento de conexão a *lex loci contractus* ou *lex loci celebrationis*, que evidencia que a lei do local onde o contrato foi firmado deve ser a interpretação e o cumprimento do mesmo, ou seja, o local onde o contrato foi celebrado (MARTINS, 2013).

Embora o embarque dos tripulantes ocorra na Europa, a contratação ocorre em solo brasileiro, por meio de agências terceirizadas pelas empresas de navio cruzeiros ou por meio de representantes das mesmas, e a celebração do contrato ocorre no Brasil, portanto a lei estabelecida é do local da contratação.

No mesmo sentido a lei 7.064/1982 (alterada pela Lei n. 11.962/2009) que trata dos trabalhadores transferidos para prestar serviços no exterior evidencia no artigo 3º, o seguinte:

A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta Lei;

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 [...] (Brasil, 2009).

Diante dos artigos 1º a 3º da lei 7.064/1982 é possível verificar que os direitos dos trabalhadores têm como base a legislação brasileira, ou seja, o trabalhador brasileiro não deixará de fazer uso dos seus direitos e garantias estabelecidas nas leis brasileiras.

Ademais se trata de uma linha de pensamento que vai ao encontro do princípio Protetor do Direito do Trabalho, sendo este o princípio essencial do direito do trabalho, que se desdobra em três: na condição mais favorável, no princípio do *in dubio pro operário*, e na condição mais benéfica. Em todos estes a fundamentação está no intuito de reparar as desigualdades do empregado hipossuficiente em relação ao empregador, estabelecendo uma superioridade jurídica em favor do empregado (BARROS, 2011).

À margem do exposto acima, conforme menciona Martins (2013) existe a lei da bandeira (Código de Bustamante), o direito brasileiro demonstra uma tese relativa sobre a lei da bandeira do navio, a mesma não é critério definitivo no caso de competência para os casos de jurisdição trabalhista tendo em vista o artigo 198º do Código de Bustamante, que trata sobre a legislação para acidentes de trabalho e proteção social do trabalhador devendo ser a territorial, sendo utilizado na Justiça do Trabalho para solucionar conflitos internacionais que compreendam a proteção do empregado (DEL`OLMO *et al.*, 2017).

Para estes tripulantes brasileiros a principal pergunta é: quando um trabalhador brasileiro passa por processo seletivo no Brasil, no entanto é enviado pra outro país e firma o contrato com empresa de cruzeiros internacional dentro do navio, para prestar serviços no território nacional e internacional, a este cabe ingressar com ação trabalhista



no país da embarcação ou no país onde foi efetuado o contrato de trabalho? Estes são os questionamentos que rondam o Judiciário como podemos verificar no tópico a seguir.

3.3 Da Contratação de Brasileiros a Bordo de Embarcação de Turismo e o Entendimento Jurisprudencial

A contratação de um empregado em um determinado local, a prestação de serviço em outro local e com domicílio em lugar distinto, trás à evidência a possibilidade de aplicação de várias leis e com isso diversos entendimentos jurisprudenciais.

O entendimento jurisprudencial sobre tripulantes brasileiros contratados no Brasil, que embarcam no território nacional e efetuam seu labor exclusivamente no Brasil está pacífico, visto a existência da Resolução Normativa 71/2006 (5/2017) artigo 8 (5), que especifica que para casos de contratação nesta modalidade a norma que regulamenta a relação é a interna, ou seja, a brasileira (IALONGO, 2015).

Todavia para os casos em que os tripulantes são contratados em território nacional, que embarcam em portos nacionais ou internacionais, bem como os que efetuam seu labor em águas territoriais e estrangeiras, para estes o entendimento jurisprudencial não está pacífico, pois existe divergência de entendimento entre as turmas.

É possível observar na aplicação da legislação internacional ou chamada lei do pavilhão, bem como efetuar o estudo do caso concreto conforme a jurisprudência apresentada:

3. TRABALHO EM NAVIO DE CRUZEIRO SOB BANDEIRA ESTRANGEIRA. PRÉ-CONTRATAÇÃO NO BRASIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA COSTA BRASILEIRA E EM ÁGUAS DE OUTROS PAÍSES. GENTE DO MAR. CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. LEI DO PAVILHÃO (CÓDIGO DE BUSTAMANTE). 1) A indústria do transporte marítimo internacional, inclusive de cruzeiros turísticos, tem caráter global [...]. A concepção de aplicação da legislação brasileira aos tripulantes brasileiros contratados por navios estrangeiros não se sustenta diante da realidade da atividade econômica desenvolvida pelas empresas estrangeiras de cruzeiros marítimos, pois, se assim fosse, em cada navio haveria tantas legislações de regência quanto o número de nacionalidades dos tripulantes. Num mesmo navio de cruzeiro marítimo, todos os tripulantes devem ter o mesmo tratamento contratual, seja no padrão salarial, seja no conjunto de direitos. Reconhecer ao tripulante brasileiro - contratado para receber em dólar - direitos não previstos no contrato firmado, conduziria à quebra da isonomia e subversão da ordem e da autoridade marítima, uma vez que os próprios oficiais poderiam questionar suas obrigações à luz da legislação de sua nacionalidade, em desrespeito à lei do pavilhão. Daí porque ser imperativo a aplicação, para todos os tripulantes, da lei do pavilhão [...] da Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929) (TRIBUNAL SUPERIOR DO TABALHO, 2019).

Trata-se inicialmente de um recurso de revista que foi interposto por parte da reclamada (empresa) com intuito de modificar a decisão do TRT, no qual o juízo *a quo* fundamentou no artigo 3º da lei nº 7.064/1892, com relação a aplicação da norma trabalhista deve ser resolvido pelo princípio da norma mais favorável. Não obstante, o recurso foi conhecido sob o fundamento de que as empresas operam no ramo de cruzeiros internacionais que utilizam força de trabalho de diversas nacionalidades, angariada muitas vezes nos respectivos territórios de origem, bem como a possibilidade de submeter dois trabalhadores que exercem a mesma função a regras distintas, sendo necessário estabelecer uma regra geral a ser regida pela lei do pavilhão ou da bandeira.



Ainda consoante com as manifestações das reclamadas (empresas) pode se verificar que:

II) As tratativas preliminares para a contratação de trabalhador, iniciadas em território brasileiro por empresa de agenciamento e arregimentação de trabalhadores para prestar serviço a bordo de embarcação estrangeira [...], pois a efetivação do contrato somente ocorre com a convergência de vontades das partes envolvidas. Agência de recrutamento atua na aproximação das partes contratantes, sem que se torne parte nas relações de trabalho daí decorrentes [...]. O art. 3º da referida Lei se aplica na situação de empregado transferido para o exterior, hipótese que não se ajusta ao caso dos autos. A própria Lei nº 7.064/82 prevê a inaplicabilidade da legislação brasileira para o empregado contratado por empresa estrangeira (artigos 12 e seguintes). IV) Assim, a legislação brasileira não é aplicável ao trabalhador brasileiro contratado para trabalhar em navio de cruzeiro (1) por tratar-se de trabalho marítimo, com prestação de serviços em embarcação com registro em outro país; (2) porque não se cuida de empregado contratado no Brasil e transferido para trabalhar no exterior. O fato de a seleção e atos preparatórios terem ocorrido no Brasil não significa, por si só, que o local da contratação ocorreu em solo brasileiro; (3) o princípio da norma mais favorável tem aplicação quando há antinomia normativa pelo concurso de mais de uma norma jurídica validamente aplicável a mesma situação fática, o que não é a hipótese do caso concreto, pois não há concorrência entre regras a serem aplicáveis, mas sim conflito de sistemas (TRIBUNAL SUPERIOR DO TABALHO, 2019).

Neste contexto, apesar das contratações terem início através de agências que realizam o processo de recrutamento e contratação de trabalhadores brasileiros dentro do país, verifica-se que o nobre julgador entende que a contratação deu-se no ato da assinatura do contrato que ocorreu dentro da embarcação em águas internacionais estabelecendo assim a vontade entre as partes. Portanto não ocorreu uma transferência conforme estabelece o artigo 3º da lei 7.064/82, não sendo possível a aplicação da lei pátria.

V) Ademais, independentemente do local da contratação ou do país no qual se executam os serviços, é inafastável a regra geral de que a ativação envolvendo tripulante de embarcação é regida pela lei do pavilhão ou da bandeira, e não pela legislação brasileira (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929). VI) Demonstrado que a prestação de trabalho ocorreu em embarcação estrangeira, independentemente de ter navegado em todo ou em parte em águas brasileiras, não há falar em aplicação da lei brasileira. Assim, não há incidência do princípio do centro de gravidade (*most significant relationship*), o que levaria a situações limítrofes da prevalência do tempo de navegação em águas nacionais, internacionais ou estrangeiras, com risco de tratamento diferenciado da tripulação, em flagrante violação das normas de direito internacional privado e do art. 178 da Constituição Federal [...] (TRIBUNAL SUPERIOR DO TABALHO, 2019).

O entendimento para o caso mencionado foi unânime no sentido de considerar a aplicabilidade da lei que rege o contrato de trabalho à lei da bandeira do navio, visto que os trabalhadores de navio cruzeiros que efetuam seu labor em águas nacionais e internacionais possuem uma “relação contratual incomum”, pois prestam seus serviços diante de vários países, e ainda com a coexistência de tripulantes de várias nacionalidades em um mesmo navio. Entendeu-se que não poderia ser aplicada a legislação brasileira, pois haveria o risco no tratamento da tripulação ser diferenciado, ou seja, não sendo respeitado o princípio da isonomia, e ainda, desrespeitando o acordo



firmado com a OIT que possui o intuito de estabelecer uma uniformização das normas do trabalho e ainda com a violação do direito internacional privado do artigo 178 da Constituição Federal.

Por sua vez é possível verificar na próxima jurisprudência um entendimento contrário ao apresentado anteriormente, estabelecendo que a legislação a ser aplicada para os casos de tripulantes brasileiros deve ser a lei interna.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. CONTRATAÇÃO NO BRASIL PARA LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). A matéria diz respeito ao inconformismo da reclamada com a determinação de aplicação da legislação trabalhista brasileira para o empregado brasileiro contratado no Brasil para labor em navio com bandeira internacional. O Tribunal Regional entendeu que a legislação aplicável ao caso é a brasileira, uma vez que o reclamante foi contratado no Brasil e trabalhou em águas brasileiras e em águas internacionais. Ressalta que a empregadora tem sede em Bahamas e mantém o registro dos navios em Malta, local que não corresponde à nacionalidade do empregador e à sede da empresa nem o local da prestação dos serviços. A matéria debatida não possui transcendência econômica, política, jurídica ou social. Transcendência não reconhecida. Recurso de revista de que não se conhece (TRIBUNAL SUPERIOR DO TABALHO, 2019).

No caso acima, é possível verificar que a reclamante (tripulante) foi contratada em solo brasileiro, tendo trabalhado em águas brasileiras e em águas internacionais, concluindo o nobre julgador que o contrato deve ser regido por legislação brasileira diante do princípio da norma mais favorável, não podendo valer-se de norma que possa frustrar a proteção legal ao acesso a mínima dignidade do trabalhador. Ainda o código de Bustamante no seu artigo 198º, expõe exceções, indicando que “também é territorial a legislação sobre acidentes e proteção social do trabalhador” sendo possível a aplicação de norma interna.

No caso mencionado acima o nobre julgador entendeu ser possível a aplicação do princípio do centro da gravidade, muito embora o fato gere efeitos em outras ordens jurídicas, ele possui um único centro de gravidade, considerando que somente em um país o caso concreto gera maiores efeitos, ou seja, sua irradiação total ocorreu no Brasil.

Para finalizar, as reclamadas não podem fazer valer-se da aplicação da autonomia da vontade, ainda que no artigo 444 da CLT estabeleça que “as relações de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes, desde que não contrariem dispositivo de proteção ao trabalho”, o contrato não é válido para aplicar a legislação especial para solução de conflitos entre normas no espaço.

É possível verificar em mais um estudo de caso, uma jurisprudência recente, que deixa evidente a competência territorial nos casos de contratação efetuada no país.

COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EMPREGADA CONTRATADA NO BRASIL. LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. Extrai-se do contexto fático delineado no acórdão regional que a reclamante, brasileira, foi contratada por empresa com representante do grupo econômico no Brasil para prestar serviços em águas internacionais e nacionais, realidade fática infensa a reexame em sede extraordinária (Súmula nº 126/TST). Nessas situações, esta Corte Superior Trabalhista tem se manifestado pela



competência em razão do lugar (Lei nº 7.064/82 e § 2º do artigo 651 da CLT), em observância ao princípio da norma mais favorável ao reclamante (TRIBUNAL SUPERIOR DO TABALHO, 2019).

A jurisprudência apresentada trata de um agravo de instrumento em recurso de revista no qual figurou como pólo ativo a (reclamada) empresa e no pólo passivo a (reclamante) empregada (tripulante), onde a reclamada insiste na tese da impossibilidade de apreciação da lide pela justiça brasileira, afirmando que o fato da embarcação navegar parcialmente em águas brasileiras não altera o foro competente para julgar o caso, que deveria ser de competência italiana, alegando ainda a impossibilidade da legislação brasileira em decorrência da quebra da isonomia, entre os diversos empregados, visto que os mesmos são de diferentes nacionalidades e executam seu labor na mesma função.

No entanto em contrapartida, resta comprovado que a contratação da empregada, bem como a seleção e recrutamento, assim como o seu embarque, ocorreu em solo brasileiro, com o intuito de prestar seus serviços em navio cruzeiro por diversos países. Para este caso a corte superior se manifestou pela competência em razão do lugar da contratação, assim como ao princípio da norma mais favorável ao reclamante, visto que a súmula 207 do TST que previa o Princípio da Territorialidade para verificação da legislação aplicável foi cancelada, não se entende que a lei do Pavilhão (lei da Bandeira) é a norma aplicável para o caso concreto.

Ainda ficou comprovado que a reclamada mantém um braço do Grupo Internacional no país com a finalidade de captar mão-de-obra diante da necessidade da edição da resolução normativa nº 05/2017.

Por fim, o nobre julgador ainda manteve a decisão do juízo *a quo*, decidindo que a “justiça brasileira é competente para julgar a presente ação [...] e não admite a arbitragem na solução de questões de direitos trabalhistas individuais e, portanto, indisponíveis (Lei nº 9.037/96, artigo 1º)” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019).

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve origem na experiência pessoal da autora como tripulante de navio cruzeiro até 2014, vivenciando as dificuldades e desafios que se apresentam aos brasileiros que laboram nesta área.

Em se tratando da metodologia do trabalho, a pesquisa é classificada como qualitativa. Para Minayo (2001, p. 14) “a pesquisa qualitativa trabalha com o universo de significados, motivos [...], o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis”.

Já do ponto de vista da técnica de pesquisa, pode-se caracterizar como bibliográfica e documental jurisprudencial. Bibliográfica por ser baseada em artigos, livros, periódicos e material técnico disponível. “Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo que foi escrito [...] sobre determinado assunto” (LAKATOS *et al.*, 2010, p. 166).

Documental jurisprudencial, pois a fonte dos dados da pesquisa foram as jurisprudências relacionadas aos casos julgados no Tribunal Superior do Trabalho. Segundo Lakatos *et al.* (2010, p. 157), “a mesma possui característica de coleta de dados de fontes primárias. Estas podem ser feitas no momento em que o fato ou fenômeno ocorre, ou depois”.



O método utilizado foi o dedutivo, de acordo com LAKATOS *et. al.* (2010, p. 88) “se trata de uma pesquisa que parte das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares (conexão descendente)”.

O presente estudo buscou traçar o perfil do tripulante de navio cruzeiro, identificando este como um profissional que busca uma oportunidade laboral com ganhos em moeda estrangeira. Este trabalhador desconhece as normas que legislam nas relações de trabalho no meio marítimo de turismo, julgando que terão os mesmos direitos garantidos aos trabalhadores no Brasil através da CLT, fato este que não se confirma quando o profissional é desligado de seu contrato, gerando ações no judiciário.

Visto que existem diversas normas de direito nacional e internacional, causando um conflito de leis estabelecidas para este mesmo contrato, gera-se uma incerteza ao trabalhador por não entender que seus direitos estão garantidos.

Percebe-se a necessidade da discussão do tema, pois existe uma insegurança jurídica, bem como dúvidas na aplicabilidade da lei diante do direito internacional do trabalho.

Ao se evidenciar a realidade jurídica dos tripulantes brasileiros de navios de cruzeiro no Brasil e exterior, e ainda, identificando as divergências entre as normas internas e as normas internacionais, entende-se que atualmente não há um consenso no judiciário sobre a legislação que melhor se aplica aos casos que abarcam nos tribunais brasileiros. Existem jurisprudências favoráveis a ambos os sentidos, as que atendem ao trabalhador marítimo, e as que atendem as empresas contratantes.

O esclarecimento do tema no que tange às normas e legislações aplicáveis contribui para o efetivo entendimento a respeito da insegurança ante a aplicabilidade das leis nacionais e internacionais.

Apesar da existência da Organização Internacional do Trabalho, que busca proporcionar um equilíbrio nas relações trabalhistas internacionais e o avanço conquistado com a promulgação da Convenção MLC (*Maritime Labour Convention*) estabelecida por ela, que teve como objetivo criar normas que visam reger as relações de trabalho marítimo internacional, até então inexistentes, o Brasil não ratificou a mesma, permitindo que no país o judiciário utilize a interpretação de leis e normas diversas para o julgamento dos processos trabalhistas.

Constata-se que, baseado nos estudos deste artigo, é possível o entendimento de que a solução mais apropriada para atender aos trabalhadores seja a ratificação pelo Brasil da convenção MLC (*Maritime Labour Convention*), garantindo aos tripulantes os mínimos direitos trabalhistas, sendo direcionada pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da isonomia nas sentenças, com o intuito de estabelecer a melhor aplicabilidade das leis diante da globalização das relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELI, Ramon de. **Número de candidatos a vaga de trabalho em navios quadruplica**. EXTRA. Rio de Janeiro, mai. 2017. Seção Emprego. Disponível em: <<https://extra.globo.com/emprego/numero-de-candidatos-vagas-de-trabalho-em-navios-quadruplica-21292439.html>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2011.



BOMFIM, Bianca Neves; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O trabalho realizado em navios e a aplicação da legislação material trabalhista.** Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 80, n. 6, p. 680-684, jun. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/149131>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. **Resolução Normativa Conselho Nacional de Imigração no. 71**, de 05 de setembro de 2006. Disciplina a concessão de visto a marítimo estrangeiro empregado a bordo de embarcação de turismo estrangeira que opere em águas jurisdicionais brasileiras. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucaonormativa71.html>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho/Conselho Nacional de Imigração. **Resolução normativa 05, de 01 de dezembro de 2017.** Disponível em: <<https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Copenhague/en-us/file/RN%2005-2017.pdf>>. Acesso em: 02 ago.2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 7064, de 6 de dezembro de 1982. **Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7064.htm>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 5452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 4657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n. 1108-52.2011.5.18.0002. **Empregado contratado no Brasil para prestar serviços no exterior.** Lei brasileira. Relator Ministro João Oreste Dalazen. 30 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395679039/recurso-ordinario-ro-11930920135020036-sp/inteiro-teor-395679052?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-1829-57.2016.5.13.0005. **Trabalho em navio de cruzeiro sob bandeira estrangeira. Pré-contratação no Brasil.** Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. 01 de fevereiro de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/257376578/trt-7-judiciario-20-08-2019-pg-437>>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.962, de 03 de julho de 2009. **Altera o art. 1º da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, estendendo as regras desse diploma legal a todas as empresas que venham a contratar ou transferir trabalhadores para prestar serviço no exterior.**



Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11962.htm>. Acesso em: 02 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-2166-64.2015.5.09.0014. **Recurso de revista da reclamada. Contratação no Brasil para labor em navio de cruzeiro internacional.** Aplicação da legislação brasileira. Relatora Desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. 21 de junho de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/2345850>>. Acesso em: 09 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-1000023-83.2015.5.02.0013. **Agravo de instrumento em recurso de revista. Nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional.** Relatora Ministra Dora Maria da Costa. 27 de setembro de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762390239/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1000023832015020013?ref=feed>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas: legislação complementar, jurisprudência.** Atualizado por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: LTR, 2016.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de Direito Internacional Privado.** 12. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2001.

IALONGO, Adriano. A aplicação do Direito do Trabalho brasileiro aos tripulantes de navios turísticos: contrato internacional ou CLT? Jul, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36191/a-aplicacao-do-direito-do-trabalho-brasileiro-aos-tripulantes-de-navios-turisticos-contrato-internacional-ou-clt>>. Acesso em: 17 abr.2019.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica.** 6. Ed. 5. Reimp. São Paulo: Athlas, 2007.

LARA, Jaqueline Cordeiro de; GOULART, Rodrigo Fortunato. **Conflitos de leis trabalhistas no espaço e o cancelamento da Súmula 207/TST.** Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 2, n. 2, p. 40-53, maio 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/148210>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

LEITE, Luiz Henrique Aguiar. **Trabalhador marítimo: definição e legislação aplicável.** JUS.COM.BR, 2018. Disponível em: <<https://aguiarleiteadvocacia.jus.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 20 ago. 2019).

LIMA, Daniela et. al. **Embarcações marítimas: legislação de imigração aplicável e suas particularidades.** Disponível em: <<http://www.emdoc.com/m/site/img/publicacoes/6.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2019.



MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**, volume I: teoria geral. Barueri: Manole, 2013.

..MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAYO, M. C. S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2001. Disponível em: <http://www.faed.udesc.br/arquivos/id_submenu/1428/minayo_2001.pdf>. Acesso em: 28 de out. 2019.

MORAES, Bruno. **A legislação trabalhista frente aos contratos internacionais de trabalho após o cancelamento da súmula nº 207 do TST: Conceitos e evolução legal**. JUS.COM.BR, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30174/a-legislacao-trabalhista-frente-aos-contratos-internacionais-de-trabalho-apos-o-cancelamento-da-sumula-n-207-do-tst>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

MORAES, Luis Felipe do Nascimento. **A transferência internacional de trabalhadores e sua tutela jurídica**. AFDUDC. 2009; v. 13: 95-113.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.
PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PEDROSO, Marcelo Fanfa; KUMMEL, Marcelo Barroso. **A proteção do trabalhador marítimo frente ao uso dos registros de bandeira de conveniência**. Meritum: revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 15-42, jan./jun. 2017. ISSN 2238-6939. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5027/pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALIBA, Graciane Rafisa. **Trabalhadores brasileiros transferidos para o exterior: a aplicação do direito nos contratos de trabalho com conexão internacional**. Revista Científica Fagoc Jurídica, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 20-30, 2016. Disponível em: <<http://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/215/191>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SANTANA, Camila Pinto de. **Efeitos das Mudanças na temporada de cruzeiros marítimos para o mercado de trabalho dos tripulantes brasileiros**. 2017. 24 f. Artigo científico (Monografia). Universidade Federal Fluminense, Niterói. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4422/1/TCC%20%20Camila%20Pinto%20de%20Santana.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.



SINDMAR. Ainda sem ratificação no Brasil, emendas à MLC 2006 entrarão em vigor em 2017. 31 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.sindmar.org.br/ainda-sem-ratificacao-no-brasil-emendas-mlc-2006-entrarao-em-vigor-em-2017/>>. Acesso em: 20 de out. 2019.

TONIAL, Maira Angélica Dal Conte; BARBOSA, Euclécio. **Contrato internacional de trabalho marítimo: a eficácia da lei mais benéfica no conflito de leis trabalhistas no espaço. Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**, [S.l.], mar. 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanose-democracia/article/view/9060>>. Acesso em: 19 abr. 2019.



O DIREITO À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – TNU

Emily Thays Borges de Lima¹

Anna Lethícia dos Santos²

Resumo: O artigo analisa o direito à concessão de aposentadoria por idade híbrida sob a perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ e da Turma Nacional de Uniformização - TNU. A concessão de aposentadoria por idade híbrida, especialmente no tocante aos segurados que desempenham atividade urbana na data de entrada do requerimento junto ao INSS, recebe entendimentos diversos no STJ e na TNU. O objetivo geral é analisar as divergências que impactam diretamente na concessão do benefício e na vida dos segurados, demonstrando-se assim a necessidade e a relevância do aprofundamento da pesquisa. A metodologia adotada é qualitativa, do tipo bibliográfica e documental. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo, uma vez que consiste na compilação de decisões sobre a aposentadoria por idade híbrida e a interpretação das mesmas, sob a ótica do bem comum para a sociedade. Os resultados mostram que as divergências interferem negativamente na vida do segurado e na própria segurança jurídica.

Palavras-chave: Previdência Social. Aposentadoria por idade híbrida. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Turma Nacional de Uniformização – TNU.

INTRODUÇÃO

A aposentadoria por idade híbrida está prevista na Lei n.º 8.213/1991 e é devida ao trabalhador rural que não preencheu os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria por idade rural, porém pretende ver somado ao seu tempo de contribuição, períodos trabalhados sob outras categorias de segurado, a fim de ter reconhecido seu direito à aposentadoria.

A previsão legal para tal benefício híbrido é inovadora, tendo sido trazida ao ordenamento jurídico brasileiro em 20 de junho de 2008 pela Lei n.º 11.718/2008, todavia, remanescem muitos pontos controvertidos sobre o tema.

A aposentadoria por idade híbrida, é um benefício de caráter alimentar que irá substituir o rendimento do trabalho do segurado e normalmente passa a ser a principal fonte de renda do aposentado, pois é desta renda que ele provê a subsistência própria e de seus familiares. Por essa razão a Previdência Social deve garantir o melhor benefício a que o segurado fizer jus (LADENTHIN, 2009).

No contexto social atual, inúmeras pessoas são afetadas com a instabilidade das decisões judiciais e administrativas, sobretudo aquelas relacionadas à Previdência Social, seguro garantidor de renda aos trabalhadores que se encontram atingidos pelas contingências sociais previstas em lei.

As divergências de entendimentos e de aplicação acerca dos requisitos para a concessão de aposentadoria por idade híbrida têm causado insegurança. O INSS, quando da análise do benefício, aplica as regras administrativas, sendo estas semelhantes ao entendimento da Turma Nacional de Uniformização – TNU. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, por sua vez, diverge desse entendimento, o que não assegura aos segurados o tratamento isonômico em seus requerimentos (BERWANGER, 2016).

Na perspectiva da TNU a aposentadoria por idade híbrida é devida aos segurados

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: emily.lima01@etec.sp.gov.br.

2. Professora do curso de Direito Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: lethicia.anna@gmail.com.



que, tendo completado 65 anos de idade se homem e 60 anos de idade se mulher, possuam a carência de 180 contribuições, nestas computados períodos urbanos e períodos trabalhados na condição de trabalhador rural, desde que na data imediatamente anterior à data do requerimento administrativo – DER ou ao cumprimento do requisito idade o segurado esteja exercendo a atividade rural. Já o STJ entende que se pode utilizar o período de trabalho rural remoto ao tempo urbano para fins de carência, e que é irrelevante o segurado ser trabalhador urbano ou rural na DER, pois não há vedação em lei (BERWANGER, 2016).

Dessa forma, os critérios e fundamentos mantidos pelas cortes geram um expressivo problema na análise do processo, pois determinam quais os requisitos, mas estes são divergentes, gerando incerteza ao segurado do que precisa cumprir para ingressar com o seu pedido de aposentadoria junto ao INSS.

O presente artigo, primeiramente, conceitua o Regime Geral de Previdência Social – RGPS e as aposentadorias programáveis previstas na Lei de Benefícios – Lei n.º 8.213/1991. Na sequência, descreve a aposentadoria por idade híbrida e as regras administrativas para sua concessão, apontando as diferenças de entendimentos entre o Superior Tribunal de Justiça - STJ e a Turma Nacional de Uniformização - TNU. Finaliza demonstrando de que forma vem sendo analisado o direito à concessão de aposentadoria por idade híbrida sob a perspectiva da jurisprudência do STJ e da TNU.

1. O RGPS E AS APOSENTADORIAS PROGRAMÁVEIS PREVISTAS NA LEI DE BENEFÍCIOS – LEI N.º 8.213/1991

1.1 Regime Geral de Previdência Social - RGPS

O Regime Geral de Previdência Social é a forma adotada para organizar a Previdência Social e, segundo Eduardo, Eduardo e Teixeira (2004, p. 215), “deve observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, ou seja, deve se preocupar, de acordo com Eduardo, Eduardo e Teixeira (2004, p. 215), com o “equilíbrio de receitas e despesas a longo prazo”. Destaca-se que a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde são os pilares do tripé da Seguridade Social (NEVES e LOYOLA, 2012).

O RGPS tem como característica o caráter contributivo e a filiação obrigatória, ou seja, somente aquele que contribui tem a garantia de perceber os benefícios previstos pela Lei n.º 8.213/1991 (CASTRO e LAZZARI, 2015), (EDUARDO, EDUARDO e TEIXEIRA, 2004).

De acordo com Tavares (2008, p. 23), “a previdência no Regime Geral de Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição”. Nesse sentido “a previdência é direito social de fruição universal para os que contribuam para o sistema”, sendo administrado por uma autarquia federal denominada de Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (NEVES e LOYOLA, 2012).

É assegurada ao contribuinte a utilização de critérios isonômicos, assim a Lei de Benefícios da Previdência Social não permite adotar critérios diferenciados para a concessão de benefícios previdenciários iguais. Ademais, há determinação legal para que não haja concessão de benefício em valor inferior ao salário mínimo vigente, quando o benefício substituir a renda do trabalhador (EDUARDO, EDUARDO e TEIXEIRA, 2004), como também é vedado o não reajuste salarial, ou seja, os salários de contribuição do segurado devem ser corrigidos mês a mês, obstando prejuízos, uma vez que a aposentadoria tem caráter substitutivo da renda familiar (NEVES e LOYOLA, 2012).

A previsão legal da Previdência Social está na Constituição Federal de 1988, e



mais especificadamente na Lei n.º 8.212/1991, que trata sobre o custeio da seguridade social, e na Lei n.º 8.213/1991, que regulamenta os benefícios da Previdência Social, ambas posteriormente regulamentadas pelo Decreto n.º 3.048/1999 (NEVES e LOYOLA, 2012).

Ainda, no âmbito interno do INSS existe a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, que trata sobre os procedimentos a serem adotados pelos servidores da autarquia na análise dos benefícios.

Os benefícios assegurados pela Previdência Social constam no art. 18 da Lei n.º 8.213/1991, podendo ser classificados como programáveis, no caso das aposentadorias, que serão tratadas em tópico específico, e não programáveis, concedidos nos casos de eventualidades. São devidos aos segurados no caso de eventualidades os benefícios decorrentes de incapacidade, como, por exemplo, auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez. A Previdência Social assegura também o benefício de salário-família para aquele segurado na condição de baixa renda que possua filhos de até 14 anos, e o salário-maternidade, devido à segurada que deu à luz, adotou ou obteve guarda judicial para fins de adoção (BRASIL, 1991).

Além dos benefícios devidos aos segurados, há os benefícios previstos para aqueles que detêm a condição de dependentes do segurado, sendo-lhes garantido o direito à pensão por morte, no caso de morte do instituidor, bem como o auxílio-reclusão, desde que o recluso possua a condição de baixa renda e esteja encarcerado em prisão. Ademais, a Previdência Social prevê aos segurados e dependentes os seguintes serviços: o serviço social e reabilitação profissional, quando necessário (BRASIL, 1991).

Ressalta-se que para usufruir dos benefícios supramencionados, faz-se necessário contribuir para o sistema, posto que a filiação ao RGPS é de caráter contributivo, ou seja, só quem paga se torna segurado.

1.2 Segurados do RGPS

A Lei n.º 8.213/1991 prevê duas classes de segurados, os obrigatórios e os facultativos. São considerados segurados facultativos aqueles que não exercem atividade remunerada, mas que desejam ingressar ou permanecer no sistema de previdência, podendo se filiar a partir dos 16 anos de idade, nos termos do art. 11 do Decreto n.º 3.048/1999. Assim, esclarecem Leitão e Meirinho (2015, p. 187) que “a filiação na qualidade de segurado facultativo representa ato volitivo da pessoa, gerando efeito somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento”.

Consideram-se segurados obrigatórios aqueles que exercem atividade econômica, como é o caso do empregado, do empregado doméstico, do contribuinte individual, do trabalhador avulso e do segurado especial (CASTRO e LAZZARI, 2015).

Segundo Castro e Lazzari (2015, p. 157), considera-se segurado empregado aquele que atende aos requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, a saber: “a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. O empregado doméstico é conceituado no inciso II do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991, como sendo “aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos”, ou seja, a atividade de doméstico é exercida em âmbito familiar, já a atividade de empregado é exercida em estabelecimento cuja finalidade é de lucro (LEITÃO e MEIRINHO, 2015).

É considerado contribuinte individual aquele que exerce atividade econômica, mas que não preenche um ou mais dos requisitos que caracterizam o empregado, podendo



ser a não subordinação, bem como a eventualidade do serviço (LEITÃO e MEIRINHO, 2015). Em tempos remotos se chamava de contribuinte autônomo o que hoje chamamos de contribuinte individual, arrolados no inciso V do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991, caracterizando-os, dentre outros, *in verbis*: “quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego”, assim como, “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”.

Conceitua-se como trabalhador avulso, segundo o inciso VI do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991, aquele que “presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento”. Conforme Leitão e Meirinho (2015, p. 171), o trabalhador avulso tem “a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão de obra ou do sindicato da categoria”, como exemplo, tem-se a pessoa física que presta serviço em porto, mas sem vínculo empregatício e para várias empresas.

A última classe de segurado obrigatório é a classe do segurado especial, na qual se consideram, segundo Castro e Lazzari (2015, p. 177) “aqueles que, trabalhando por conta própria em regime de economia familiar, realizem pequena produção, com a qual retirem sua subsistência”, podendo desenvolver atividade rural ou de pesca, conforme se abordará adiante.

Outra classificação importante e que se mostra fundamental para a compreensão do presente artigo, é aquela que diferencia os trabalhadores urbanos dos trabalhadores rurais. A diferença entre os segurados reside no tipo da atividade desenvolvida. São considerados trabalhadores urbanos aqueles que prestam serviços na zona urbana, ou seja, na cidade. Já os trabalhadores rurais são aqueles que exercem atividade no campo, desenvolvendo atividade primária, como o plantio (PENA, [2019] não indicado). Os trabalhadores rurais podem ser empregados, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e segurados especiais.

Considera-se empregado rural, conforme descrito no art. 2º da Lei n.º 5.889/1973, “toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário”.

O trabalhador rural como contribuinte individual é aquele que “presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego”, conforme descrito na alínea “g” do inciso V do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991 e, segundo Berwanger (2014, p. 242), “trata-se de empresário ou empregador rural”, bem como de boia-fria. Já o trabalhador avulso pode prestar serviços de natureza rural ou urbana, de acordo com o inciso VI do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991.

Por fim, trata-se como segurado especial aquele que reside em imóvel rural ou urbano e exerce atividade de forma individualizada ou em regime de economia familiar, respeitando os limites estabelecidos nas alíneas do inciso VII do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991, sendo estes a quantidade de empregados e a condição e a atividade explorada (BERWANGER, 2014).

O regime de economia familiar é caracterizado, segundo Castro e Lazzari (2015, p. 178) e o §1º do art. 12 da Lei n.º 8.212/1991, como “a atividade em que o trabalho de membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condição de mútua dependência e colaboração”, sendo que tudo o que se produz, como, por exemplo, verduras e legumes, são para fins de consumo próprio, vendendo apenas o excedente (LEITÃO e MEIRINHO, 2015).

A Lei de Benefícios prevê que o segurado especial pode ter o auxílio eventual de



terceiros na condição de empregados, conforme dispõe o §7º do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991, *in verbis*:

O grupo familiar poderá utilizar-se de empregados contratados por prazo determinado ou de trabalhador de que trata a alínea g do inciso V do caput, à razão de no máximo 120 (cento e vinte) pessoas por dia no ano civil, em períodos corridos ou intercalados ou, ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho, não sendo computado nesse prazo o período de afastamento em decorrência da percepção de auxílio-doença.

De acordo com Ribeiro (2018, p. 47), essa prática não é na condição de empregado e empregador, mas sim como auxílio na “troca de dias, situação em que não há pagamentos em pecúnia, mas pagamento em dias de trabalho, quando os trabalhadores rurais ajudam-se mutuamente”, como, por exemplo, na época de colheita e plantio.

No que se refere à condição e à atividade de exploração do segurado especial, a Lei de Benefícios prevê na alínea “a” do inciso VII do art. 11, que este pode exercer atividade na condição de “produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais”, que explore a agropecuária, cuja terra do agricultor não pode superar a quatro módulos fiscais, ou a atividade de seringueiro ou extrativista vegetal, desde que esta atividade seja o principal meio de vida.

Ainda, de acordo com a alínea “b” do inciso VII do art. 11 da Lei n.º 8.213/1991, o segurado especial pode ser “pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida”, podendo, inclusive, ser considerado segurado especial aquele que na condição de “cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado”, também exerça atividade em regime de economia familiar.

Dessa forma, é possível afirmar que todos aqueles que contribuem para o RGPS têm assegurado o direito aos benefícios previdenciários previstos em lei, desde que cumpridos seus requisitos, seja nos casos programáveis como as aposentadorias, ou, em casos não programáveis como, por exemplo, doenças e acidentes.

1.3 Benefícios de aposentadorias programáveis previstas no RGPS

No RGPS existem três modalidades de aposentadorias programáveis previstas na Lei n.º 8.213/1991: a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial. Assim, o primeiro benefício a ser tratado é a aposentadoria por idade.

Com a evolução social no Brasil e o avanço da previdência, houve uma preocupação com o idoso, uma vez que, ao atingir determinada idade, já não consegue desempenhar suas funções normais e nem trabalhar, o que dificulta sua subsistência. Diante disto, a Carta Magna passou a resguardar o direito a aqueles que chegam em idade avançada, regulando através da Lei n.º 8.213/1991, a possibilidade de o idoso se aposentar, desde que cumprida a carência exigida, Ibrahim (2013, p. 607) afirma:

A aposentadoria por idade – um dos benefícios previdenciários mais conhecido – visa garantir a manutenção do segurado e de sua família quando a idade avançada não permita a continuidade laborativa. O tema é tratado na Lei n.º 8.213/91, arts. 48 a 51 e no RPS, arts. 51 a 55.

Nesse contexto, pode-se dizer que ocorreu um avanço nos direitos sociais, uma



vez que foram incluídos benefícios condignos às pessoas idosas, para confortar os segurados e seus dependentes com o mínimo de dignidade (LADENTHIN, 2009).

O direito à concessão dos benefícios previdenciários exige do segurado o cumprimento de determinados requisitos elencados na Lei n.º 8.213/1991. No que concerne à aposentadoria por idade há necessidade do cumprimento do requisito etário e da carência de 180 meses de contribuição, cumulativamente, para que seja possível a concessão do benefício (LADENTHIN, 2009). Quando se tratar de aposentadoria por idade rural há necessidade da comprovação da qualidade de segurado, segundo o §2º do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991.

A lei prevê três espécies de aposentadoria por idade, urbana, rural e híbrida. Para a concessão do benefício por idade urbana, é indispensável que o segurado tenha completado no momento do requerimento 65 anos de idade se homem e 60 anos de idade se mulher, assim como o cumprimento da carência mínima exigida, na condição de empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso ou contribuinte facultativo (LADENTHIN, 2009).

Todavia, no caso de aposentadoria por idade rural, a Lei de Benefícios exige o requisito da idade com a redução de cinco anos para o trabalhador rural e a comprovação de 180 meses do efetivo exercício da atividade, sendo esta imediatamente anterior ao cumprimento do requisito idade ou ao requerimento do benefício junto ao INSS, ainda que de forma descontínua (§2º do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991).

Cumprido ressaltar que o segurado rural tem como vantagem a antecipação de cinco anos para a obtenção do benefício, podendo se aposentar aos 60 anos de idade se homem e aos 55 anos de idade se mulher (§1º e §2º do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991). Isso ocorre em razão de a atividade exercida ser considerada penosa, pois o segurado trabalha dia após dia, inclusive nos finais de semana. Conforme Ladenthin (2009, p. 68), “o trabalhador rural exerce atividade extremamente penosa, desgastante, justificando a idade antecipada para o direito à aposentadoria previdenciária”.

A comprovação do período de atividade como trabalhador rural, ocorre por meio de documentos, certidões, contratos e outros, que ainda são bastante questionados, pois no seu conjunto probatório devem formar indícios de prova material para a confirmação do tempo como segurado rural. Com base nestes documentos, se computa o período para a carência e tempo de contribuição do benefício que lhe é de direito (RIBEIRO, 2018). No que tange à aposentadoria por idade híbrida, esta será tratada em tópico específico, uma vez que é o cerne deste artigo.

Outra espécie de aposentadoria programável é a aposentadoria por tempo de contribuição, que se divide em comum, ao deficiente e ao professor. A comum é devida ao homem que completar 35 anos de tempo de contribuição e à mulher que completar 30 anos de tempo de contribuição, conforme art. 201, §7º e demais incisos da CRFB, combinados com o art. 56 do Decreto n.º 3.048/1999.

Quando tratar-se de segurado com deficiência, a aposentadoria por tempo de contribuição é devida à mulher que contribuiu com 20, 24 e 28 anos de tempo de contribuição nos casos de deficiência grave, moderada e leve, respectivamente, e ao homem que contribuiu com 25, 29 e 33 anos de tempo de contribuição nos casos de deficiência grave, moderada e leve, respectivamente, conforme dispõe o art. 3º da Lei Complementar n.º 142. Já nos casos de aposentadoria por tempo de contribuição ao professor, esta é devida ao homem que tenha 30 anos e à mulher que tenha 25 anos de efetivo exercício de magistério, em educação infantil, ensino fundamental ou ensino médio, nos termos do inciso II e III do §9º do art. 29 da Lei n.º 8.213/1991.



No que concerne à aposentadoria especial, é devida aos segurados que trabalharam em ambientes prejudiciais à saúde ou à integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, a depender do grau de nocividade, desde que cumprida a carência de 180 meses de contribuição, segundo o art. 57 e seguintes da Lei n.º 8.213/1991 (LEITÃO e MEIRINHO, 2015). Conforme o Decreto n.º 3.048/1999, a título de exemplo de atividade que assegura aposentadoria com 15 anos de exercício, é a de trabalhador em minas de subsolo, com 20 anos de exercício, nos casos de trabalhador de mineradora, e de 25 anos, os que exercem atividades com ruído superior a 85db(A).

Destaca-se que em todas as espécies de aposentadorias descritas acima, é necessário o cumprimento da carência de 180 meses de contribuição, indispensável para que o beneficiário faça jus ao benefício, de acordo com a redação do art. 24 da Lei n.º 8.213/1991 (RIBEIRO, 2018).

2. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA E AS REGRAS ADMINISTRATIVAS PARA SUA CONCESSÃO

2.1 A aposentadoria por idade híbrida e seus requisitos

A aposentadoria por idade híbrida é uma modalidade inovadora, que foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro em razão da necessidade social, sendo criada pela Lei n.º 11.718/2008, a qual se destina aos trabalhadores rurais. Assim fundamenta Berwanger (2016, p. 44):

O grande êxodo rural que provocou a migração de milhões de pessoas do campo para as cidades em busca de outras oportunidades, permitiu que o segurado somasse, para fins de aposentadoria por idade, tempo de atividade rural e urbana, a qual vem sendo chamada de aposentadoria por idade híbrida.

De acordo com Berwanger (2016, p. 69), a aposentadoria por idade híbrida é uma “mudança legislativa beneficiando os trabalhadores rurais”, exigindo do segurado a idade de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher (*caput* do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991), bem como a carência de 180 meses de contribuição. O segurado precisa cumprir a carência na qualidade de trabalhador rural ou urbano. Faz-se necessário também que o segurado seja trabalhador rural na DER do seu benefício ou quando cumprir o requisito idade (BERWANGER, 2016).

No tocante ao requisito idade, afirma Ladenthin (2009, p. 90):

Ao segurado é possível mesclar período rural e urbano para a aposentadoria por idade, ressalvando, entretanto que, neste caso, somente poderá requerer o benefício quando completar a idade exigida quanto ao trabalhador urbano: 60 anos (mulher) ou aos 65 anos (homem)

Ou seja, somente pode requerer o benefício da aposentadoria por idade híbrida junto ao INSS, aquele que cumprir o requisito idade, sendo este exigido cumulativamente com a carência de 180 meses de contribuição.

Lazzari *et al.* (2019, p. 286) enfatiza que “pode ser computado como carência até mesmo o tempo rural anterior à 1.º.11.1991”, em outras palavras, pode ser computado para a carência da aposentadoria por idade híbrida o período de labor rural anterior à aplicação da Lei n.º 8.213/1991, independente de contribuição, não se aplicando a exceção do §2º do art. 55 da Lei de Benefícios (LAZZARI *et al.*, 2019).

A grande inovação nesta modalidade de aposentadoria foi permitir a soma de



períodos urbanos e rurais sem contribuição, restando solidificado o entendimento quanto à soma dos períodos de urbano e rural, mas, no que diz respeito ao tipo de atividade exercida na DER (urbano ou rural), há conflito de entendimentos, Ribeiro (2018, p. 149) afirma que:

Para aferir se o segurado completou a carência, isto é, o tempo de exercício da atividade rural, poderão ser consideradas duas ocasiões: ou o período imediatamente anterior ao requerimento do benefício na via administrativa, ou a data em que o segurado completou o requisito etário.

Entende-se que, para a concessão do benefício híbrido, o segurado precisa ser trabalhador rural na última atividade, assim poderá somar períodos urbanos para o preenchimento da carência (BERWANGER, 2016).

Nesse sentido, Leitão e Meirinho (2015, p. 378), corroboram o conceito de aposentadoria por idade híbrida da seguinte forma:

De acordo com o art. 48, §3^a, da Lei n.º 8.213/91, para o trabalhador rural que não conseguir comprovar a atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual à carência necessária, mas que satisfaça essa condição (carência), se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias de segurado (trabalhador urbano ou empregado doméstico, por exemplo), será possível a concessão do benefício em comento aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher

Desta forma, a legislação que incluiu a aposentadoria por idade híbrida prevê que é possível somar os períodos em que o segurado era filiado na condição de trabalhador urbano com períodos em que era filiado na condição de rural, desde que seja trabalhador rural na DER ou quando implementar o requisito idade.

2.2 Das regras aplicadas pelo INSS

Para a concessão de benefício previdenciário o segurado elabora o requerimento junto à Previdência Social, que dá origem ao processo administrativo, sendo este uma sequência de atos determinados em que o INSS analisará conforme a lei (LAZZARI *et al.*, 2019).

No entanto, o segurado precisa alcançar as condições mínimas exigidas por lei para obter a concessão do benefício pleiteado. Na aposentadoria híbrida, por exemplo, faz-se necessário ser trabalhador rural na DER ou na data imediatamente anterior ao cumprimento do requisito idade. Isto se aplica também aos que exerceram atividade urbana de forma intercalada ou posterior ao cumprimento dos requisitos do benefício pleiteado. De acordo com Berwanger (2016, p. 44):

O INSS vem reconhecendo, administrativamente, que é possível somar períodos urbanos e rurais apenas quando a atividade agrícola é a última, o que significa dizer que somente quem está na atividade rural pode somar períodos urbanos, inadmitindo-se que a última atividade seja urbana

Assim, o INSS tem aplicado as regras constantes na Lei n.º 8.213/1991, na Instrução Normativa INSS/PRES n.º 77 e a Ação Civil Pública – ACP vigente de n.º 5038261-15.2015.4.04.7100.

Em 04 de janeiro de 2018, o INSS expediu o Memorando-Circular Conjunto n.º 1/DIRBEN/PFE/INSS, para que todas as agências previdenciárias em território nacional passassem a aplicar os termos da decisão (liminar) proferida pelo Tribunal Regional



Federal da 4ª Região na ACP n.º 5038261-15.2015.4.04.7100. Trata-se do reconhecimento da aposentadoria por idade híbrida para os segurados independentemente de qual era seu tipo de filiação com o INSS, sendo esta como segurado rural ou urbano no momento de requerer o benefício (BRASIL, TRF4, 2017).

Diante dessa decisão proferida na ACP n.º 5038261-15.2015.4.04.7100, o memorando passou a ter eficácia nos benefícios (processos administrativos) pendentes de despacho, valendo a partir de 05/01/2018, sendo permitida a reafirmação da DER se necessário (BRASIL, TRF4, 2017).

Assim, o requisito idade para a concessão do benefício híbrido é de 65 anos se homem e 60 se mulher, sendo permitida a soma do período laborado na condição de trabalhador urbano e trabalhador rural para o cumprimento da carência (180 meses). Regra aplicada atualmente pelo INSS (BRASIL, TRF4, 2017) (LAZZARI *et al.*, 2019).

3. AS DIFERENÇAS DE ENTENDIMENTO ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E A TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO - TNU, NO QUE TANGE AOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA

3.1 Competência e entendimento da TNU

No momento que se tem como resposta conclusiva do INSS o indeferimento do requerimento pelo benefício de aposentadoria por idade híbrida, o segurado acaba ficando à margem do sistema e ingressa na via judicial, pleiteando a concessão. Savaris (2012, p. 186 e 187) defende “a impossibilidade de outorga do benefício sem a manifestação de interesse de seu titular, pontificando a necessidade da prévia análise administrativa”. Em outras palavras, o indeferimento da autarquia é requisito para ingressar com ação judicial pleiteando a concessão da aposentadoria por idade híbrida.

A justiça competente para julgar processos em que a União e as autarquias figuram em um dos polos da ação, em especial quando se trata de ações previdenciárias, é definida de duas formas: quanto à matéria e quanto ao valor da causa. Em regra, a competência material de assuntos previdenciários é da Justiça Federal (LAZZARI *et al.*, 2019).

No que tange ao valor da causa, esta é definida em ritos, sendo o rito do juizado especial civil competente para julgar ações cujo o valor não ultrapasse a 60 vezes o salário mínimo e o outro rito, chamado de ordinário ou comum, tendo como valor da causa a importância superior a 60 vezes o salário mínimo, nesta considerada a soma das parcelas vencidas, acrescidas de uma anuidade de parcelas vincendas (LAZZARI *et al.*, 2019).

Diante disso, define-se a competência da TNU e do STJ. Como regra, a TNU uniformiza o entendimento no âmbito do juizado especial federal.

Nesse sentido, a TNU, ao julgar repetidos casos, firmou o entendimento acerca da aposentadoria por idade híbrida no sentido de reconhecer a possibilidade do segurado urbano se utilizar do período em que foi segurado especial para cômputo do período de carência, desde que o segurado seja trabalhador rural na DER ou no momento que implementar o requisito idade (LAZZARI *et al.*, 2019).

Ademais, a TNU entende que, para requerer o benefício previdenciário de aposentadoria por idade híbrida, faz-se necessário ser trabalhador rural na DER. Este entendimento é o mais próximo da letra da lei, pois, conforme §2º do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991, “o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do



benefício”. Em razão de diversas discussões acerca do tema, a TNU firmou a tese de tema 131 que ainda está em análise, *in verbis*:

Quadro 1 – Tese Firmada pelo Tema 131 da TNU

Tema	131	Situação do tema	Em revisão - TEMA 1007/STJ	Ramo do direito	DIREITO PREVIDENCIÁRIO
Questão submetida a julgamento	Saber se é necessária a comprovação de exercício de atividade rural no período imediatamente anterior à implementação do requisito etário, para fins de concessão de aposentadoria híbrida.				
Tese firmada	Para a concessão da aposentadoria por idade híbrida ou mista, na forma do art. 48, § 3º, da Lei n. 8.213/91, cujo requisito etário é o mesmo exigido para a aposentadoria por idade urbana, é irrelevante a natureza rural ou urbana da atividade exercida pelo segurado no período imediatamente anterior à implementação do requisito etário ou ao requerimento do benefício. Ainda, não há vedação para que o tempo rural anterior à Lei 8.213/91 seja considerado para efeito de carência, mesmo que não verificado o recolhimento das respectivas contribuições.				
Repetitivo STJ/ Repercussão geral	Questão submetida a julgamento - Tema 1007/STJ: "Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo".				
Processo	Decisão de afetação	Relator (a)	Julgado em	Acórdão publicado em	Trânsito em julgado
PEDILEF 5009416-32.2013.4.04.7200/SC	03/03/2016	Juiz Federal Ronaldo José da Silva	20/10/2016	24/11/2016 20/07/2017	01/09/2017

Fonte: (BRASIL, TNU, 2016)

Cola-se abaixo trecho da decisão da Relatora Ângela Cristina Monteiro da Nona Sessão Ordinária da Turma de Uniformização (BRASIL, TNU, 2016). Esta é a decisão da TNU que originou o tema 131:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 17 DO RITNU). PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA HÍBRIDA POR IDADE. ARTIGO 48, § 3º, LEI 8.213/91. ATIVIDADE RURAL OU URBANA ANTES DO REQUISITO ETÁRIO OU REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. **INDIFERENÇA**. IDADE MÍNIMA A SER CONSIDERADA – A MESMA EXIGIDA PARA A APOSENTADORIA POR IDADE DO TRABALHADOR URBANO. CÔMPUTO DO TEMPO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 8.213/91, PARA FINS DE CARÊNCIA, SEM RECOLHIMENTOS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STJ. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. QUESTÃO DE ORDEM 20/TNU

[...] Vale lembrar que a Turma Regional de Uniformização, na Sessão de 30.9.2011, firmou entendimento no sentido de que a regra do art. 48, § 3º, aplica-se tão somente aos segurados que estejam vinculados às lides campesinas quando da implementação do requisito etário. Para aqueles que são segurados urbanos, continua em vigor a regra do art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, a qual dispõe que as atividades exercidas no meio rural não se prestam para fins de cômputo da carência. (...) Não se desconhece o posicionamento recentemente manifestado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual concedeu aposentadoria por idade híbrida ao segurado que preencheu os requisitos carência e idade mínima, sem exigir vinculação ao trabalho rural quando do complemento do requisito etário (REsp 1.407.613, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.10.2014). Entretanto, tal posicionamento por ora é isolado e não reflete a jurisprudência já consolidada a respeito da matéria, razão pela qual esta Turma Recursal mantém, por ora, **a sua posição no sentido de ser necessária a vinculação dos segurados às lides campesinas quando da implementação do requisito etário para a aplicação da regra do art. 48, § 3º, da Lei n. 8.213/1991** (sem grifo no original)



Portanto, conclui-se que a TNU firmou o entendimento de que, para somar o período laborado na condição de trabalhador urbano com o trabalhador rural, faz-se necessário exercer a atividade rural quando implementar os requisitos.

3.2 Competência e entendimento do STJ

O STJ é a corte uniformizadora de entendimento acerca de matéria infraconstitucional nas ações de procedimento comum/ordinário (LAZZARI *et al.*, 2019), em outras palavras, todos os processos previdenciários que ultrapassem o teto do juizado especial são julgados pelo rito ordinário e, na linha recursal, são direcionados ao TRF da respectiva região. Se a parte ainda estiver em desacordo com a decisão proferida no acórdão do TRF, poderá recorrer ao STJ. Outra hipótese de julgamento pelo STJ ocorre nos casos de incidente de uniformização interposto pela parte litigante em processos que tramitaram até a TNU (§4º do art. 14 da Lei n.º 10.259/2001) (BRASIL, 2001) (LAZZARI *et al.*, 2019).

O STJ já se posicionou acerca do segurado que atinge a idade mínima para a obtenção de sua aposentadoria por idade híbrida, cumulativamente com o cumprimento do requisito da carência de 180 meses. Inclusive, considera-se para fins de carência, nesta modalidade, a soma do tempo laborado na condição de segurado urbano e o tempo laborado como trabalhador rural, podendo, o segurado obter a sua aposentadoria, independente do tipo de segurado que seja na DER ou quando completar os requisitos. De acordo com Lazzari *et al.* (2019):

O STJ, ao referendar o direito da aposentadoria híbrida em favor dos trabalhadores rurais e urbanos, assentou que é permitido ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido

Esse posicionamento tem sido benéfico e amplo a todos os segurados, pois, ao deixar de ser trabalhador rural e passar a ser trabalhador urbano, o segurado não vai ficar à míngua do sistema previdenciário. Diante disso, o STJ fundamenta o seu entendimento de que é possível computar período de trabalho urbano somado com o período de trabalho rural para o cumprimento da carência, sob o argumento de que não há vedação em lei para tanto, assim considera o tempo remoto para fins de carência (BRASIL, STJ, 2017).

Recentemente, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na decisão prolatada no REsp n.º 1.788.404 (BRASIL, STJ, 2018) firmou o entendimento acerca do tema 1007 no seguinte sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 1.036, § 5º. DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DOS ARTS. 256-E, II, E 256-I DO RISTJ. APOSENTADORIA HÍBRIDA. ART. 48, §§ 3º. E 4º. DA LEI 8.213/1991. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DE ISONOMIA A TRABALHADORES RURAIS E URBANOS. MESCLA DOS PERÍODOS DE TRABALHO URBANO E RURAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL, REMOTO E DESCONTÍNUO, ANTERIOR À LEI 8.213/1991 A DESPEITO DO NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE CARÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO LABOR CAMPESINO POR OCASIÃO DO IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO OU DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. TESE FIXADA EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO, TÃO



SOMENTE, PARA AFASTAR A MULTA FIXADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

[...] **O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade**, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, **seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.** (sem grifo no original)

Conforme recente julgado colacionado acima, o STJ entende que é irrelevante o tipo de atividade desenvolvida pelo segurado na DER para a obtenção da concessão da aposentadoria por idade híbrida, uma vez que não há vedação em lei, sendo também cabível a adição de tempo de contribuição de urbano com o de rural, ainda que remoto e descontínuo.

3.3 Divergências entre a TNU e o STJ

A TNU firmou o entendimento de que, para somar o período laborado na condição de trabalhador urbano com o trabalhador rural, faz-se necessário exercer a atividade rural quando implementar os requisitos. Todavia, a própria TNU já mudou de posicionamento acerca do tema, pois anos atrás entendia de forma diversa dos dias atuais (BRASIL, TNU, 2016), o que gera insegurança jurídica aos segurados que anseiam por sua aposentadoria na modalidade híbrida.

O STJ, por sua vez, entende que não há lei que vede o reconhecimento e cômputo do período como segurado na condição de trabalhador rural e urbano para a carência. Além disso, não há distinção trazida pela lei, nem exigência específica quanto a isso, motivo pelo qual assiste o entendimento do STJ no que pese à irrelevância do tipo de segurado para pleitear o benefício. Conforme o Ministro Sérgio Kukina, na decisão prolatada no REsp n.º 1.476.383 (BRASIL, STJ, 2017), “a lei não traz nenhuma distinção acerca de qual seria a atividade a ser exercida pelo segurado no momento imediatamente anterior ao requerimento”.

Por fim, demonstra abaixo o quadro comparativo dos requisitos da aposentadoria por idade híbrida, à luz do entendimento da TNU e do STJ:

Quadro 3 – Título: Critérios adotados pelo STJ comparados aos adotados pela TNU

Requisitos	Superior Tribunal de Justiça	Turma Nacional de Uniformização
Idade	65 anos se homem e 60 se mulher.	65 anos se homem e 60 se mulher.
Carência	180 meses (observada a regra do art. 142 da Lei n.º 8.213/1991)	180 meses (observada a regra do art. 142 da Lei n.º 8.213/1991)
Tipo de segurado na DER	Independente do tipo, se rural ou urbano	Trabalhador rural obrigatoriamente
Soma das atividades	Sim	Sim
Posicionamento	Aceita a concessão sendo trabalhador rural ou urbano na DER, pois não há vedação em lei	Aceita a concessão desde que complete os requisitos como sendo trabalhador rural, com fundamento na Lei n.º 8.213/1991
Conclusão	Mais benéfica e abrangente aos segurados	Mais restritiva e gera restrições aos direitos dos segurados

Fonte: a autora, através de adaptação da pesquisa de dados do STJ e da TNU.



Percebe-se no quadro acima que há harmonia entre o STJ e a TNU quanto aos requisitos de idade e carência para a concessão do benefício de aposentadoria por idade híbrida. No entanto, a divergência reside no tipo de segurado (urbano ou rural) na DER, tendo o STJ entendido que, como não há vedação em lei, esta informação é irrelevante para fins de reconhecimento do direito. Em outro viés, a TNU, entende que precisa ser trabalhador rural na DER ou quando implementar o requisito idade para ter o direito à concessão do benefício.

Assim, conclui-se com a demonstração ilustrativa, que o entendimento do STJ é mais benéfico e abrangente aos segurados e que, por outro lado, a TNU tem sido mais restritiva aos direitos dos segurados.

3.4 O posicionamento mais vantajoso para o segurado

O entendimento adotado pelo STJ tem sido mais abrangente a todos os tipos de segurados, uma vez que possibilita a concessão da aposentadoria por idade híbrida, independentemente do tipo de segurado na DER, sob o fundamento de que não há, em lei, vedação para tanto (LAZZARI *et al.*, 2019).

Pode-se afirmar que, se não se adicionar ao tempo de contribuição e ao tempo de carência o período remoto como trabalhador rural, o segurado ficará desamparado e demorará anos para a obtenção de sua aposentadoria, porque terá que trabalhar por muito mais tempo para implementar as condições. Assim afirma Ribeiro (2018, p. 266), acerca do descaso, “quando o segurado deixava a atividade rural e passava a exercer uma atividade urbana, poderia ser colocado no ‘limbo’ se não implementasse a carência para obter a aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição urbana”. No entanto, a soma de contribuição e de trabalho de ambos os tipos de segurados tem possibilitado o direito à aposentadoria aos segurados idosos que já haviam perdido a perspectiva.

Nesse sentido, é de grande valia o julgado recente do STJ acerca do tema tratado neste artigo, com posicionamento pró-segurado. Mostra-se fundamental, à esfera jurídica, como também à esfera administrativa, um entendimento consolidado, para que se traga segurança aos segurados, garantindo-lhes a aplicação do princípio da isonomia no momento da análise do seu direito ao benefício (LAZZARI *et al.*, 2019).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A origem do tema em tela se deu com a percepção de casos recorrentes no exercício de estágio em escritório de advocacia previdenciário. Observa-se que os segurados padecem com a falta de orientação e capacidade técnica para pleitear o próprio benefício que lhe é devido, assim, ficam a míngua do sistema previdenciário.

Além disso, é difícil a compreensão do posicionamento do Poder Judiciário se comparado com a Previdência Social, uma vez que se almeja isonomia entre os segurados.

Trata-se de pesquisa com abordagem qualitativa. Para Prodanov e Freitas (2013, p. 60), “na abordagem qualitativa, a pesquisa tem o ambiente como fonte direta dos dados. O pesquisador mantém contato direto com o ambiente e o objeto de estudo em questão, necessitando de um trabalho mais intensivo de campo”. Neste sentido, havendo contato com os casos concretos, o estudo fica mais consistente e traz uma interpretação da recorrente realidade. Assim, a pesquisa qualitativa condiz com os objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e a interpretação de variáveis mais complexas.



Trata-se de pesquisa do tipo bibliográfica e documental, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em casos concretos, jurisprudências, livros, leis, artigos e internet, bem como em outros meios de comunicação pertinentes. A pesquisa permite construir uma linha de pensamento a se percorrer, destacando que, em se tratando de pesquisa bibliográfica, é relevante a qualidade do estudo e não a quantidade de páginas que compõem o trabalho (MEZZAROBBA e MONTEIRO, 2017).

O método utilizado para o tema é a dedução como forma de explicitar a verdade, pois o que se busca é a possibilidade de constatar. Salienta-se que o processo dedutivo pode ocorrer de duas formas, por dedução imediata ou mediata (Santos e Parra Filho, 2012, p. 27 e 29). No presente trabalho foi abordado o método de dedução mediata, que consiste na conclusão obtida através de duas ou mais proposições, que podem ser chamadas de premissas. O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos o mais densos e plausíveis possíveis.

O aprofundamento do presente trabalho é de forma descritiva e explicativa, pois consiste na compilação de decisões e na sua interpretação, sob a ótica do bem comum para a sociedade. Logo, a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do objeto de pesquisa.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A aposentadoria por idade híbrida tratada no presente artigo é um tema relativamente novo, principalmente quando analisada sob a ótica das decisões jurisprudenciais relativas ao tema, uma vez que a Lei 11.718 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 2008. O legislador criou a aposentadoria híbrida por uma demanda da sociedade: a proteção do trabalhador rural. É dessa forma que se assegura o direito aos que carecem de proteção.

Ocorre que a dicotomia trazida no presente artigo tem por fim mostrar a significativa abrangência do entendimento do STJ, pois, se não há vedação em lei, é possível conceder o benefício de aposentadoria por idade híbrida aos segurados, independente do tipo de segurado, seja ele urbano ou rural na DER. Pode-se considerar que, sob a perspectiva do segurado e da sociedade, os direitos passam a ser plenos e efetivos.

Por outro lado, o entendimento da TNU se torna plausível quando avaliada a questão social e, principalmente, o equilíbrio financeiro da previdência social. O que faz pensar quanto à questão do equilíbrio financeiro e a situação do trabalhador rural como segurado especial, já que não contribui efetivamente para o sistema da previdência, mas, sim, comprova o exercício da atividade rural por meio de documentos. A atividade laboral como agricultor ou pescador é computada para fins de carência e tempo de serviço, mas no momento de requerer o benefício é segurado urbano, em razão do êxodo rural. Todavia, o segurado especial não pagou diretamente a previdência e consegue somar com o período de segurado urbano anterior a DER. Isso, de certa forma, pode causar uma desigualdade com os demais segurados que efetivamente precisam contribuir, ou, ainda, pode resultar em aumento do *déficit* da previdência.

Diante da problemática, foi demonstrado no trabalho e no quadro comparativo que o STJ e a TNU, quanto aos requisitos para a concessão da aposentadoria por idade híbrida, são bem próximos, divergindo apenas quanto ao tipo de segurado no momento da DER ou quando implementar os requisitos para pleitear o benefício no INSS.

Nesse sentido, não há certo ou errado quanto às decisões que vêm sendo



adotadas na justiça, mas diante do conflito quanto aos requisitos necessários para pleitear tal benefício, isso gera insegurança à sociedade. Tal situação leva ao questionamento sobre a melhor solução para a situação apontada no presente artigo, devendo prevalecer a decisão ponderada, para que não hajam segurados prejudicados.

CONCLUSÃO

Frente ao estudo realizado, é possível concluir, primeiramente, que a aposentadoria por idade híbrida tem como finalidade proteger os trabalhadores rurais que deixam o campo e que, após algum tempo, retornam para o meio rural.

No presente artigo foi abordado o Regime Geral de Previdência Social e suas diretrizes, bem como os segurados filiados ao regime. Demonstrou-se também as espécies de benefícios previdenciários cobertos pela Previdência Social, dentre eles os programáveis e os não programáveis. Logo em seguida, foi tratada em tópico específico a aposentadoria híbrida e as regras administrativas adotadas pelo INSS quando da análise do benefício. No terceiro capítulo, tratou-se da divergência de entendimento entre o STJ e a TNU, assim como o posicionamento mais vantajoso.

Destaca-se que a modalidade inovadora, incluída pela Lei n.º 11.718/2008, até os dias de hoje sofre com a turbulência de entendimentos adotados entre as Cortes Superiores.

Contudo, o posicionamento adotado pelo STJ tem sido amplo e benéfico aos segurados, o que o torna mais abrangente, no sentido de que, poder somar o tempo de atividade urbana com a rural, independente do tipo de segurado no protocolo da DER ou na data que implementar os requisitos, possibilita a inúmeros segurados o direito de se aposentar.

Por outro lado, a TNU entende que precisa ser segurado na condição de trabalhador rural na ocasião da DER, sendo este um posicionamento mais restritivo quanto à abrangência, mas que também se torna plausível ao levarmos em conta o equilíbrio financeiro da previdência social.

O tema desse artigo buscou demonstrar o entendimento do STJ e da TNU acerca do direito à concessão de aposentadoria por idade híbrida, e principalmente, mostrar a fundamentação por um viés mais favorável aos segurados. Nesse sentido, conclui-se, que o presente trabalho provoca ampla discussão, ao menos até decisão pacificada sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial**: Novas teses e discussões. Curitiba: Juruá, 2016. p. 290 p.

..... **Segurado especial**: O conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014. 424 p.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.788.404 – PR (2018/0340826-4). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, Julgado em 14.08.2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=184>>



4591&num_registro=201803408264&data=20190904&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 9 maio 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES n.º 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 Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Brasília, 8 maio 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm>. Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 11.718, de 20 de junho de 2008**. Acrescenta artigo à Lei no 5.889, de 8 de junho de 1973, criando o contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; prorroga o prazo de contratação de financiamentos rurais de que trata o § 6º do art. 1º da Lei no 11.524, de 24 de setembro de 2007; e altera as Leis nos 8.171, de 17 de janeiro de 1991, 7.102, de 20 de junho de 1993, 9.017, de 30 de março de 1995, e 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991. Brasília, 20 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11718.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei n.º 5.589, de 8 de junho de 1973**. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Brasília, 8 jun. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm> Acesso em: 1 jun. 2019.



BRASIL. **Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.547.453 – RS (2015/0192816-8). Relator: Ministro Gurgel de Faria. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, Julgado em 14.06.2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443225064/recurso-especial-resp-1547453-rs-2015-0192816-8>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.610.132 – PR (2016/0169176-1). Relator: Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, Julgado em 06.02.2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450031985/recurso-especial-resp-1610132-pr-2016-0169176-1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/ Remessa Necessária n.º 5038261- 15.2015.4.04.7100. Relatora: Tais Schilling Ferraz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, Julgado em 06.06.2017. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469044032/apelacao-remessa-necessaria-apl-50382611520154047100-rs-5038261-1520154047100/inteiro-teor-469044078>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n.º 5009416-32.2013.4.04.7200. Relatora: Ângela Cristina Monteiro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, Julgado em 20.10.2016. Disponível em: <<https://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/MWgi5vl3.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Reclamação n.º 0000125-92.2018.4.90.0000. Relator: Guilherme Bollorini Pereira. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, Julgado em 20.06.2018. Disponível em: <<https://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682236560/reclamacao-reclamacao-rcl-125922018490000000001259220184900000>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Temas Representativos. Tema 131. Questão submetida a julgamento: Saber se é necessária a comprovação de exercício de atividade rural no período imediatamente anterior à implementação do requisito etário, para fins de concessão de aposentadoria híbrida. Julgado em 20.10.2016. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-131>>. Acesso em: 1 jun. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, Joao Batista. **Manual de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão; TEIXEIRA, Amauri Santos. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói, RJ: Impetus, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Niterói: Impetus, 2013.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria por idade**. Curitiba: Juruá, 2009.

LAZZARI, Joao Batista *et al.* **Prática processual previdenciária: Administrativa e judicial**. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

... **Prática processual previdenciária: Administrativa e judicial**. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDEIROS, Aline Barreira. **Aposentadoria por idade rural: Quais os requisitos necessários**. Jus Brasil. Publicação: há 2 anos. Disponível em: <<https://alinebmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/514105830/aposentadoria-por-idade-rural>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2017.

NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder. **Direito previdenciário: concurso**. São Paulo: Rideel, 2012.

PENA, Rodolfo Alves. **Espaço urbana e rural**. Brasil Escola: [s. n.], [2019] não indicado. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/espaco-urbano-rural.htm>>. Acesso em: 11 set. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ermani Cesar. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Rio Grande do Sul: Universidade Feevale, 2013. 277 p. Disponível em: <<http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador rural: Segurado especial**. 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

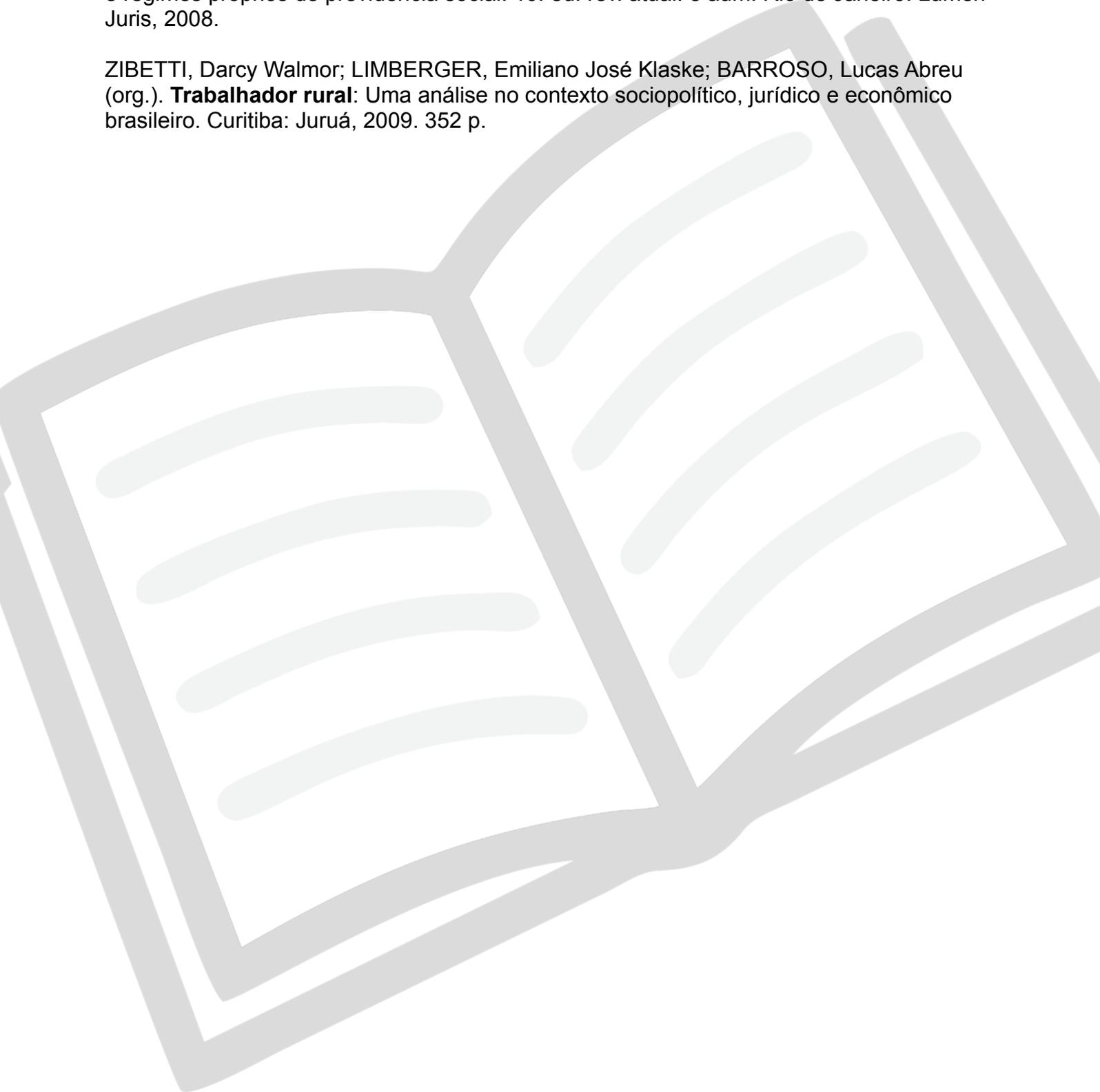
SANTOS, João Almeida; PARRA FILHO, Domingos. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.



TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**: Regime geral de previdência social e regimes próprios de previdência social. 10. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZIBETTI, Darcy Walmor; LIMBERGER, Emiliano José Klaske; BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Trabalhador rural**: Uma análise no contexto sociopolítico, jurídico e econômico brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. 352 p.





A INTERPRETAÇÃO DO ROL DE CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Felipe dos Passos Silva¹
Giovani de Lima²

Resumo: agravo de instrumento constitui como um importante recurso no âmbito do Direito Processual Brasileiro e é utilizado para impugnar decisões de caráter interlocutório que não se conceituam como sentença. Torna-se imprescindível, portanto, a análise do referido recurso em relação à mudança ocorrida na égide do Código de Processo Civil de 2015, que alterou sua interpretação normativa, passando a existir um rol taxativo de cabimento das hipóteses cabíveis. Tal tema encontra-se em evidente discussão no Brasil, em especial no Superior Tribunal de Justiça. Assim, a existência de uma limitação legal de cabimento deve ser analisada de forma subjetiva, a fim de solucionar questões que podem trazer dano irreparável ou de difícil reparação para as partes. Uma dessas situações, é o uso do mandado de segurança como meio de impugnação de decisão interlocutória que se encontra fora do rol de cabimento do agravo de instrumento. A aplicação do *mandamus* para esse fim, deve ser estudado de forma analítica, com a análise das consequências jurídicas da restrição a limitação extensiva do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Agravo de Instrumento. Código de Processo Civil. Decisão Interlocutória.

INTRODUÇÃO

O foco do artigo baseia-se na análise das formas interpretativas do rol de cabimento do recurso de agravo de instrumento, bem como a possibilidade de interpretá-lo de forma extensiva, para englobar situações omissas na norma, que, caso não se resolva com recurso imediato, poderão causar grave prejuízo para as partes.

Além da situação exposta acima, o presente artigo busca discorrer sobre o uso do mandado de segurança como meio de impugnação de decisão interlocutória que não consta no rol taxativo de cabimento.

O agravo de instrumento constitui-se numa peça jurídica de grande relevância. Em suma, de acordo com o art. 1.015 do Código de Processo Civil, é o recurso cabível em face de decisões interlocutórias de processos de conhecimento, cumprimento de sentença e de execução.

Ocorre que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o rol de cabimento do presente recurso era exemplificativo, ou seja, limitava-se o art. 522 da Lei n.º 5.869/1973 a dispor que caberá agravo de instrumento quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como outros casos dispostos no referido artigo.

O referido instituto foi substituído pelo art. 1.015 do Código de Processo Civil, que dispõe que caberá agravo de instrumento em onze hipóteses, restringindo o cabimento da peça nas situações elencadas no artigo supramencionado.

Portanto, o tema possui relevância porquanto o legislador omitiu-se quanto às outras hipóteses de cabimento do agravo, que não são suscetíveis de recorribilidade imediata.

A questão ora desenvolvida pauta-se sobre a possibilidade de uma interpretação extensiva do art. 1.015 do Código de Processo Civil, tendo em vista os percalços que a

1. Bacharelado em Direito formado pela Faculdade CNEC Joinville (2019), aprovado no XXVII Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. Advogado, Mestre em Saúde e Meio Ambiente da UNIVILLE e Professor da Pós-Graduação da Católica de Santa Catarina. E-mail: giovanidelima@yahoo.com.br.



limitação das possibilidades de cabimento do agravo de instrumento pode trazer aos litigantes em um processo judicial, em especial a impetração de mandado de segurança como meio de impugnação de decisões interlocutória que não constam como hipótese de recorribilidade imediata.

Desse modo, a questão ora debatida busca solucionar os seguintes problemas: qual é a melhor forma de interpretação do rol de cabimento do agravo de instrumento? E, por conseguinte, quais são os efeitos do uso do mandado de segurança como meio de impugnação das decisões interlocutórias não constantes no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil?

1. O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM SITUAÇÕES URGENTES QUE NÃO POSSUAM RESPALDO NO ART. 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme mencionado alhures, o Código de Processo Civil dispõe que as questões que não podem ser agravadas de forma imediata, ou seja, que consagram o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões judiciais, podem ser questionadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões.

Ocorre que existem situações que, se não forem recorridas de imediato, poderão causar prejuízo à parte.

À vista disso, em situações que não há respaldo para interposição de nenhuma medida jurídica cabível de imediato, a parte irá apresentar a ação constitucional do mandado de segurança, a *contrario sensu* da Súmula n.º 267 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (BRASIL, 1963, WEB), porquanto a decisão interlocutória mencionada não possui respaldo recursal de imediato, bem como não é passível de correição.

Sobre a possibilidade de cabimento do mandado de segurança em face de decisões interlocutórias irrecorríveis de imediato, assim leciona José Miguel Garcia Medina (2017, p. 957):

Embora cabível apelação contra as interlocutórias não agraváveis, tal recurso poderá se mostrar ineficaz. De acordo com o art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009, “não se concederá mandado de segurança quando se tratar (...) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”. A *contrário sensu*, não havendo previsão de medida eficiente contra o ato ilegal, deverá ser admitido o mandado de segurança. Deve-se admitir o mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em 1.º grau de jurisdição, à luz do Código de Processo Civil de 2015, sempre que se demonstrar a inutilidade do exame do ato acoimado de ilegal apenas por ocasião do julgamento da apelação.

Portanto, caso não haja mudança na forma interpretativa do rol taxativo do agravo de instrumento, segundo a doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1.453) existirão hipóteses que não poderão aguardar até a decisão colegiada (acórdão) proferida pelos Tribunais, nesses termos:

Esta opção do legislador de 2015, vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar.



Diante de tal análise, é necessário instar que o mandado de segurança busca proteger direito líquido e certo, conforme art. 1º da Lei n.º 12.016/2009:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (BRASIL, 2009, WEB).

Deste modo, não encontra amparo toda e qualquer hipótese de decisão interlocutória irrecorrível via agravo de instrumento que comporte a ação mandamental, visto que não basta tão somente o requisito da urgência em relação ao risco de dano grave ou de difícil reparação, mas é necessário comprovar o direito líquido e certo do direito do impetrante.

Nesse modo leciona Theotonio Negrão (2016, p.1.955):

Quando incabível o agravo de instrumento, cabe ao interessado, em regra, impugnar a decisão interlocutória ulteriormente, por ocasião da apelação ou das contrarrazões de apelação (v. art. 1.009 § 1º). Todavia, não se descarta o cabimento de mandado de segurança contra decisão interlocutória lesiva de direito líquido e certo, quando existente risco de dano grave ou de difícil reparação.

Além da comprovação de que a decisão interlocutória impugnada via ação mandamental possuir caráter de violar direito líquido e certo, a parte necessariamente precisa comprovar ao magistrado que a decisão não cabe nenhum recurso com efeito suspensivo, a teor do que dispõe o inciso II do art. 5º da Lei do Mandado de Segurança: “não se concederá mandado de segurança quando se tratar [...] de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” (BRASIL, 2009, WEB).

À vista disso, a utilização do mandado de segurança como meio de impugnação de decisão interlocutória esbarra no óbice de que ela não pode ser intentada em face de decisões interlocutórias que, de alguma forma possuam recurso próprio, consoante determinação expressa da Súmula n.º 267 do STF: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (BRASIL, 1963, WEB).

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é cristalina no sentido de que o *mandamus* só pode ser intentado em face de decisão judicial em flagrante ilegalidade, abuso de poder ou manifesta teratologia, limitando, portanto, a atuação do *writ* como meio de impugnar as decisões interlocutórias não agraváveis via recurso de agravo de instrumento:

1. A impetração de mandado de segurança contra decisão judicial é restrita aos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou manifesta teratologia. Incidência da Súmula n. 267 do STF. Jurisprudência consolidada do STJ.
2. No caso concreto, a condenação imposta à recorrente, como resultado de julgamento proferido no âmbito de ação judicial em que observado o contraditório e o devido processo legal - não se apontando qualquer vício de procedimento -, não evidencia provimento flagrantemente teratológico, tampouco ilegalidade ou abuso de poder (BRASIL, 2018a, WEB).

Nesse mesmo sentido, é a decisão da corte especial do Superior Tribunal de Justiça:



[...] 1. A jurisprudência é uníssona ao reconhecer que somente é cabível a utilização do mandado de segurança para combater ato judicial que seja evidentemente teratológico e contra o qual não cabia recurso ou correição, nos termos do art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009 (BRASIL, 2014, WEB).

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 15/03/2018, entendeu que para a impetração do mandado de segurança como substitutivo de recurso, é necessária a inexistência de recurso específico para a matéria, bem como a decisão questionada possuir, necessariamente, abuso de poder ou ser de natureza teratológica:

AGRAVO DO §1º DO ART. 10 DA LEI N. 12.016/2009 EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. PREVISÃO DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO PARA IMPUGNAR O DECISUM ATACADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO INTERPOSTO NO PRAZO LEGAL. PRECLUSÃO. NÃO CABIMENTO DO WRIT. ATO JUDICIAL NÃO TERATOLÓGICO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I - Havendo previsão de recurso com efeito suspensivo para impugnar a decisão apontada como ilegal, não servindo, por conseguinte, o mandamus como sucedâneo recursal, e, por não se vislumbrar evidente teratologia no ato judicial combatido, inviável a impetração de mandado de segurança. II - A não interposição do recurso cabível no prazo legal não permite a impetração de mandado de segurança como substituto recursal, sob pena de subversão do sistema processual (SANTA CATARINA, 2018a, WEB).

O doutrinador Nelson Nery Junior (2015, p. 2.154) possui o entendimento de que o mandado de segurança não pode ser substitutivo de recurso, mas deverá ser conhecido caso a decisão judicial interlocutória viole a direito líquido e certo:

Na atual sistemática processual, o MS também não pode ser utilizado como substituto de recurso, mais especificamente do agravo de instrumento, caso a decisão com potencialidade para causar prejuízo imediato à parte não se encontre no rol do CPC 1015 como impugnável por agravo de instrumento. O MS é writ constitucional que se consubstancia em garantia fundamental (CF 5.º LXIX e LXX), de sorte que seu cabimento não pode ser coarctado por impeditivos de natureza processual. Mas nada obsta que o MS e outras medidas sejam trazidas à tona em razão das características peculiares do regime casuístico do agravo no atual estatuto processual civil.

Assim, não basta tão somente o inconformismo em face da decisão judicial para impugná-la, é necessária a demonstração que a decisão se encontra em desconformidade com o sistema jurídico, como bem explica Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 37):

O mandado de segurança contra ato judicial, para ser adequadamente empregado como sucedâneo recursal, vale enfatizar, pressupõe algum ponto de estrangulamento do sistema e não, meramente, o insucesso pontual de algum pedido ou requerimento negado pelo magistrado no caso concreto.

Seguindo nessa linha de raciocínio, Gediel Claudino de Araújo Junior (2017, p. 23) alerta que o mandado de segurança deve ser usado de forma restrita, tão somente em face de decisões judiciais que contenham evidente abuso ou sejam de natureza teratológica, nestes termos:

Se diante dessas ou de outras decisões o interessado se sentir afrontado, se ele entender que a decisão é teratológica, absurda, pode fazer uso do chamado “remédio heroico”, o mandado de segurança (ver capítulo e modelo neste livro).



Lembro, no entanto, que a jurisprudência é restrita sobre o tema; o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (AgInt nos EDcl no RMS 49.026/SP, DJe 06.12.2016), declarou ser “incabível o mandado de segurança quando não evidenciado o caráter abusivo ou teratológico do ato judicial impugnado”, razão pela qual não se deve abusar do uso desse instrumento.

De igual modo, torna-se relativamente prejudicial o uso desenfreado do mandado de segurança para questionar decisões judiciais irrecorríveis de imediato, sendo que o writ poderá demandar mais tempo a ser julgados, em razão dos prazos elásticos nesse tipo de procedimento.

Sobre o exposto, o doutrinador Fredie Didier Junior (2016, p. 212) é enfático:

Adotada a interpretação literal, não se admitindo agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, nem contra decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual (para dar dois exemplos, explicados no exame do inciso III do art. 1.015 do CPC), haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento.

Já o doutrinador José Eduardo Carreira Alvim (2017, p. 157) de forma demasiadamente enfática, aduz ser totalmente contrário ao uso do mandado de segurança, porquanto retira o poder de julgamento dos órgãos colegiados e passa a colocar a figura do juiz como autoridade que pratica ilegalidade ou abuso:

Sempre me posicionei contra o mandado de segurança contra ato judicial, na feição construída pelos pretórios, porque transforma o juiz, que encarna o órgão julgador, de agente de poder (jurisdicional) em autoridade praticante de ilegalidade ou abuso de poder; mesmo estando o juiz protegido pela maior garantia que a Constituição poderia lhe outorgar, que é a garantia política, de não ser civilmente responsável pelas decisões que profere, senão regressivamente, no caso de agir com dolo ou fraude (art. 143, I). (...) é preferível que, em tais casos, seja admitida uma correção parcial, ou mesmo uma reclamação, para corrigir decisões absurdas, do que, para se admitir a impugnação, transformar o juiz em autoridade coatora (o que ele não é), em mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Desta feita, é importante destacar que o *writ* é direcionado ao plenário dos Tribunais, fazendo com que tal matéria constante não passe pelo crivo dos órgãos especializados, ocasionando uma equidistância do julgador com a câmara especializada no julgamento da matéria que ora seria analisada em preliminar de apelação ou contrarrazões.

Nesse sentido, é a doutrina de Sandro Marcelo Kozikoski (2016, p. 173):

No mandado de segurança, são frequentes as afirmativas de que certas decisões não podem aguardar o desfecho da fase cognitiva em 1ª instâncias. Contudo, a aceitação do mandado de segurança para impugnação de decisões interlocutórias deve sopesar a previsão dos regimentos internos dos Tribunais, pois, via de regra, esse tipo de *writ* manejado contra ato judicial costuma ser direcionado aos órgãos plenários destas Cortes, o que pode resultar; em tese, na transposição de matérias afetas a órgãos especializados para julgadores distanciados do tema.

Assim, é evidente, que a ocorrência da transferência de matérias que deveriam ser julgadas por turmas especializadas para os órgãos plenários, pode acarretar uma desordem dos processos nos Tribunais, contrariando o disposto no art. 926 do Código de



Processo Civil, que dispõe “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015, WEB).

2. FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DO ROL DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

O presente tópico visa explicitar as diferentes interpretações quanto ao rol de cabimento do agravo de instrumento, de forma que existem no ordenamento jurídico cerca de duas posições antagônicas de como se deve interpretar o art. 1.015 do Código de Processo Civil.

As interpretações mencionadas neste trabalho são as que possuem controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo necessária uma análise quanto aos objetivos referentes à estipulação de cada parâmetro, sob a ótica processual.

2.1 Interpretação restritiva do rol de hipóteses do Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil

A interpretação restritiva consiste na exclusão do alcance da norma, de modo a tornar aplicável tão somente o descrito no texto legislativo, sem interpretá-la de forma mais abrangente.

Assim, ensina Luciano Amaro (2006, p. 209):

O reverso da interpretação extensiva é a interpretação restritiva; esta, partindo da verificação de que a lei teria dito mais do que queria (*dixit plus quam voluit*), busca extirpar do alcance da norma as situações que, embora enquadradas na hipótese legalmente descrita, não teriam sido visadas pela disciplina legal.

A interpretação restrita do rol de cabimento do agravo de instrumento consiste em respeito à forma que fora editado o Código de Processo Civil, de modo que apenas podem ser agravadas as decisões concernentes às hipóteses ali mencionadas, sem a existência de interpretação analógica ou ampliativa das questões expostas pelo legislador.

Nesta ótica, é o entendimento doutrinário de Theotonio Negrão (2016, p.1.955):

O rol deste art. 1.015 é taxativo: se a decisão interlocutória está arrolada nos incisos ou no § ún., contra ela cabe agravo de instrumento; se não está listada, não cabe. Quando incabível o agravo de instrumento, cabe ao interessado, em regra, impugnar a decisão interlocutória ulteriormente, por ocasião da apelação ou das contrarrazões de apelação (v. art. 1.009 § 1º).

Da mesma forma, entende-se que a intenção do legislador ao restringir as hipóteses do rol de cabimento do referido recurso, é para dar ênfase ao princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, de modo a buscar que as questões relativas a um procedimento sejam resolvidas naquele processo.

Esse é o entendimento do eminente doutrinador Nelson Nery Junior (2015, p. 2.150):

O dispositivo comentado prevê, em *numerus clausus*, os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento. As interlocutórias que não se encontram no rol do CPC 1015 não são recorríveis pelo agravo, mas sim como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação (CPC 1009 § 1.º). Pode-se dizer que o sistema abarca o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias como regra. Não se trata de irrecorribilidade da interlocutória que não se encontra no rol do CPC 1015, mas de recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação (razões ou contrarrazões).



No mesmo sentido, entende o doutrinador Ernane Fidélis dos Santos (2017) que o rol legal do art. 1.015 do Código de Processo Civil é taxativo, sem possibilidade de interpretação extensiva, aduzindo que a norma em questão é objetiva, e que diante da sua taxatividade, é requisito de admissibilidade do agravo de instrumento que a decisão de interlocutória conste no artigo supramencionado, nestes termos:

São agraváveis somente aquelas decisões que versarem sobre as matérias constantes dos incisos I a XIII do art. 1.015 do CPC, aos quais o parágrafo único acrescenta algumas outras, proferidas na fase de liquidação ou no cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. Diante dos termos peremptórios da lei, o rol deve ser considerado taxativo (*numerus clausus*). É requisito de admissibilidade do agravo de instrumento que a decisão interlocutória contra a qual ele foi interposto verse sobre matéria constante do rol legal, que indica, de forma objetiva, quais as decisões recorríveis (SANTOS, 2017, p. 888).

No mesmo norte, a doutrina que defende a interpretação restritiva, entende que a taxatividade do rol de hipóteses é bastante ampla, e que comporta satisfatoriamente as questões pertinentes do dia a dia dos interesses das partes e dos trâmites processuais.

Nesse sentido, é a doutrina de José Miguel Garcia Medina (2017, p. 955):

O agravo de instrumento, à luz do CPC/2015, é cabível somente nas hipóteses previstas em lei. Disso resulta a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento. [...] Vê-se que, embora taxativo, o rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é bastante amplo. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida à luz da lei processual anterior, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória.

Portanto, entende-se que as hipóteses que tratam o art. 1.015 do Código de Processo Civil se presumem urgentes, de modo que o legislador compreendeu que tão somente nessas situações, é necessário o recurso imediato.

Com esse entendimento, é a doutrina de Marcelo Abelha (2016, p. 1.283):

Não que o legislador tenha dito, de forma alguma, que apenas as decisões elencadas nos incisos do art. 1.015 seriam as interlocutórias proferidas no processo em primeiro grau de jurisdição. Nada disso, pois a opção dele foi a de que estas interlocutórias arroladas nos incisos do art. 1.015 são as únicas que poderão ser objeto de impugnação pelo recurso de agravo de instrumento. Todas as demais, não constantes daquele rol, ou seja, todas as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Diante disso, importante destacar que, caso haja a possibilidade de interpretação extensiva do rol taxativo do agravo de instrumento, de modo a ser ampliadas as hipóteses de recorribilidade, podem ser concebidas novas situações de preclusão imediata.

Desse modo, a ampliação na jurisprudência dos temas que podem ser objeto de agravo, pode acarretar a expansão da ocorrência da preclusão imediata dessas questões.

Explicitando tal matéria, esclarecem, em artigo científico, André Vasconcelos Roque, Luiz Delloro, Fernando da Fonseca Gajardoni, Marcelo Pacheco Machado, Zulmar Duarte e Barbara Pombo (2016, WEB):



Imagine-se, por exemplo, um advogado que deixa de interpor agravo de instrumento, por não encontrar a competência entre as matérias relacionadas no artigo 1.015 do CPC/2015, confiando que poderá rediscuti-la na apelação ou em contrarrazões à apelação. Caso adotado o entendimento consagrado pelo relator do agravo de instrumento nº 0003223-07.2016.4.02.0000, acima indicado, este advogado poderia ter a desagradável surpresa de não ver a sua alegação de incompetência apreciada no julgamento da apelação, sob o fundamento de que, em decorrência de interpretação extensiva do art. 1.015, III, a matéria precluiu de imediato.

Ademais, os autores que defendem a interpretação restritiva do rol de cabimento argumentam que a interpretação extensiva não seria a forma adequada para corrigir as omissões na legislação, fazendo-se necessária uma reforma legislativa para solucionar a controversa.

Em artigo científico, assim conclui os autores Nunes, Aragão e Barbosa (2018, WEB):

Diante desse cenário, conclui-se que o uso da interpretação extensiva não é o meio adequado para corrigir as eventuais distorções e incompletudes do modelo atual de recorribilidade das decisões interlocutórias, de modo que mostra-se necessária a implementação de uma pontual reforma legislativa, a qual, sim, se revela como a via correta e adequada para a solução da controvérsia gerada em torno do artigo 1.015 do CPC/2015 e para resolver o tumulto processual já existente nos tribunais brasileiros.

Diante desse contexto, apesar da intenção do legislador de restringir as hipóteses de recurso de agravo de instrumento, a manutenção da interpretação restrita do rol acabará acarretando necessidade de decisão processual sobre situações urgentes, e diante disso, a parte, como alternativa recursal, irá impetrar a ação constitucional de mandado de segurança para questionar decisões não inclusas na norma, que conforme será visto adiante, não é a melhor solução para os aplicadores do Direito e os jurisdicionados.

2.2 Interpretação extensiva do rol de hipóteses do Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil

A interpretação extensiva é um método interpretativo de texto que amplia o sentido da norma para além do que se encontra descrito em sua letra, de modo que o intérprete, analisando o dispositivo literal, o torna mais aberto, abrangendo suas denotações e conotações originalmente limitadas.

Assim ensina Ferraz Junior (2003, p. 291):

Temos, por fim, a interpretação extensiva. Trata-se de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Isso significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco. Argumenta-se, não obstante, que desse modo estará respeitada a ratio legis, pois o legislador (obviamente, o legislador racional) não poderia deixar de prever caso que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Desta feita, a interpretação extensiva tem como objetivo identificar o conteúdo que não foi expressamente mencionado pelo legislador, de modo a ampliar o sentido da norma, para abranger as hipóteses não mencionadas expressamente, mas que devam ser protegidas por esta por conta da situação fática.



À vista disso, importante distinguir a analogia da interpretação extensiva; a primeira visa preencher uma lacuna na lei, ou seja, em razão da inexistência de disposição para certas situações, aplicam-se normas similares; o segundo tem como objetivo identificar o conteúdo e o alcance da lei que não foi suficientemente expresso no texto legislativo.

Assim, o intérprete, ao realizar a interpretação extensiva, possui a necessidade de observar de maneira coesa e racional, se a amplitude de interpretação de determinado conceito reconduz aos motivos subjacentes à criação da norma, pressupondo à similaridade de situações que se busca incluir com a mesma norma jurídica.

Nesse sentido, leciona Luciano Amaro (2006, p. 209/212):

A interpretação extensiva determina o conteúdo e alcance da lei que estejam insuficientemente expressos no texto normativo, ou seja, a lei teria dito menos do que queria (*dixit minus quam voluit*). A lei teria pretendido abranger certa hipótese, mas, por haver-se formulado mal o texto, essa hipótese teria escapado do alcance expresso da norma, tornando-se com isso necessário que o aplicador da lei elasteça suas fronteiras textuais. [...] Teoricamente, a integração analógica não se confunde com a interpretação extensiva, de que se avizinha. Na prática, distingui-las não é tarefa simples. Como se viu, a integração visa a preencher a lacuna legislativa; já a interpretação extensiva teria por objetivo identificar o "verdadeiro" conteúdo e alcance da lei, insuficientemente expresso no texto normativo. A diferença estaria em que, na analogia, a lei não teria levado em consideração a hipótese, mas, se o tivesse feito, supõe-se que lhe teria dado idêntica disciplina; já na interpretação extensiva, a lei teria que abranger a hipótese, mas, em razão da má formulação do texto, deixou a situação fora do alcance expresso da norma, tomando com isso necessário que o aplicador da lei reconstitua o seu alcance.

O rol de cabimento do agravo de instrumento, desde o início da vigência do Código de Processo Civil, atrai demasiadamente a atenção da doutrina, de modo que a possibilidade de interpretação extensiva do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil possui duas diferentes visões.

A primeira versão é argumentada no sentido de que o rol é de natureza taxativa, porém, pode ser interpretado de forma extensiva, ou através de analogia. A segunda versão é defendida no sentido de que o rol legal é mera exemplificação, sendo utilizado apenas como ponto de partida.

Fredie Didier Junior (2016) argumenta que a taxatividade é compatível com a interpretação na forma extensiva, porquanto essa modalidade de interpretação é realizada de forma comparada e isonômica, utilizando-se da hermenêutica jurídica e forma de interpretação da legislação, nesses termos:

Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido^o. Havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Assim, "se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador)" (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 209).



À vista disso, a forma de interpretação literal da lei comporta a possibilidade de interpretação crítica e sistemática, averiguando tal premissa com o sistema ao qual se encontra inserido, possibilitando, portanto, a interpretação extensiva do rol recursal do agravo de instrumento.

Desta feita, as situações recorríveis de imediato possuem uma redação mais aberta, para abarcar casos jurídicos ali não expressos de forma literal, havendo, portanto, a possibilidade de cabimento maior de suas hipóteses.

Nessa situação é a doutrina de Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 522):

Registre-se, porém, que a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” –, interpretação extensiva ou analógica.

Seguindo na mesma perspectiva, apesar das hipóteses constantes no rol serem de natureza taxativa, necessária se faz uma interpretação mais abrangente das determinações constantes no texto, adequando a realidade ao qual for aplicada, de modo a ser entendido e aplicado levando em conta todo sistema jurídico pátrio.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) aduzem que a taxatividade das hipóteses legais não dispensa a possibilidade de equívoco do legislador, e diante disso, é importante dar sentido ao texto legal mediante a interpretação mais abrangente, nestes termos:

A fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se da técnica da enumeração taxativa das hipóteses em que o agravo de instrumento pode ser conhecido. Isso não quer dizer, porém, que não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos. Como é amplamente reconhecido, inclusive por juristas de diferentes tradições e com diferentes inclinações teóricas, o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito. O fato para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação (MARINONI; ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 544).

Ainda, analisando o raciocínio expedido pelo doutrinador mencionado, se entende que a interpretação extensiva da norma deve ser aplicada de forma correlacionada a todo sistema jurídico, inclusive as leis que são editadas para serem taxativas. Assim, a interpretação extensiva se constitui como uma razão de ser, indispensável para interpretação legislativa e sua aplicação no Direito.

Seguindo no mesmo entendimento, Paulo Freire Romão (2016, p. 264) esclarece que “o rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015, é taxativo, admitindo interpretação extensiva dos seus incisos, desde que respeitada a teleologia dos dispositivos”.

Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (2017, p. 36) também esclarecem que a taxatividade do rol do agravo não exclui a possibilidade de interpretação extensiva, nesses termos:

Como visto, a doutrina se mostra inclinada à taxatividade do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não negando, contudo, a possibilidade de interpretação extensiva do dispositivo, sempre com vistas à coesão do sistema e a evitar o uso indiscriminado do mandado de segurança, como já visto outrora.



Em razão disso, é evidenciado que, caso não haja interpretação extensiva dos incisos do rol de cabimento do agravo de instrumento, poderá ocorrer um manejo desenfreado do mandado de segurança, que, conforme visto anteriormente, aumentaria demasiadamente a demanda de processos nos tribunais, tornando mais simples a admissão de uma interpretação extensiva de tais incisos, para abranger as situações que ocorra dano irreparável ou de difícil reparação.

Com esse entendimento, ensina Silas Santos (2018, p. 1.022):

Quase dois anos de vigência do atual CPC foram suficientes para demonstrar que as hipóteses elencadas no art. 1.015 do CPC não abarcam todas as hipóteses de urgência e possibilidade de dano, mas isso não justifica a interposição de mandado de segurança para corrigir essa deficiência do sistema, pois aumentaria por demais e de forma injustificada o número de processos nos tribunais, seria mais simples construir entendimento no sentido de que, embora as hipóteses elencadas sejam *numerus clausus*, seria admissível o agravo de instrumento contra decisão interlocutória com aptidão para provocar dano irreparável ou de difícil reparação, poderá a parte interpor o recurso de agravo de instrumento.

Portanto, a doutrina já caminha no sentido da possibilidade de interpretação extensiva, em especial o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, elencando em forma de enunciados, diversas situações em que a parte pode interpor recurso de agravo de instrumento, em face de decisão interlocutória que não se enquadra no art. 1.015 do Código de Processo Civil:

Enunciado 29. É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise do pedido de tutela provisória ou condicionar sua apreciação ao pagamento de custas ou a qualquer outra exigência.

[...]

Enunciado 103. A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento.

[...]

Enunciado 154. É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção.

[...]

Enunciado 177. A decisão interlocutória que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, por ser de mérito, é recorrível por agravo de instrumento.

[...]

Enunciado 351. O regime da recorribilidade das interlocutórias do CPC aplica-se ao procedimento do mandado de segurança.

[...]

Enunciado 435. Cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz que, diante do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral, se recusa a extinguir o processo judicial.

[...]

Enunciado 560. As decisões de que tratam os arts. 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), quando enquadradas nas hipóteses do inciso I, do art. 1.015, podem desafiar agravo de instrumento.

[...]

Enunciado 611. Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões.

[...]

Enunciado 612. Cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, apreciando pedido de concessão integral da gratuidade da Justiça, defere a



redução percentual ou o parcelamento de despesas processuais (FÓRUM PERMANENTES DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, WEB). [grifo do autor]

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1694667/PR entendeu por estender a interpretação do inciso X do art. 1.015 do Código de Processo Civil, para conhecer de agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória de primeiro grau que negou pedido de concessão de efeito suspensivo a embargos à execução, nesses termos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 1.015, X, DO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARALELISMO COM O ART. 1.015, I, DO CPC/2015. NATUREZA DE TUTELA PROVISÓRIA.

1. A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução.

2. Na hipótese dos autos, a Corte Regional entendeu que não é impugnável por meio de Agravo de Instrumento a decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução, pois o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo.

3. Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução.

4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015.

5. Em que pese o entendimento do Sodalício a quo de que o rol do citado art. da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva.

6. "As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos". (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3. Fredie Didie Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209).

7. De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, "o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso". (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126).

8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC/2015, por ter natureza de tutela provisória de urgência. Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art. 1015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável.

9. Dessa forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 10. Recurso Especial provido (BRASIL, 2017, WEB). [grifo nosso]

Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça está entendendo pela interpretação extensiva do art. 1.015 do Código de Processo Civil, permitindo a interposição de agravo



de instrumento em hipótese não prevista expressamente, relacionado à decisão que indefere pedido de efeito suspensivo aos embargos à execução.

O Tribunal da Cidadania interpretou extensivamente o inciso X do art. 1.015 do Código de Processo Civil, que dispõe que cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versar sobre “concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução” (BRASIL, 2015, WEB), abarcando a hipótese de cabimento do referido recurso aos casos de indeferimento de pedido de efeito suspensivo, situação essa que não se encontra descrito expressamente na norma.

Na esteira de tais considerações, tendo em vista que o intérprete da lei não é livre para realizar a interpretação extensiva, devendo conduzir a lógica das razões trazidas para a norma jurídica, de modo a justificar a extensão da premissa maior, conclui-se que esse método é o mais sensato a ser aplicado no ordenamento jurídico, porquanto inclui situações similares que não foram descritas expressamente no texto constitucional, e evitará o uso desenfreado do mandado de segurança como forma de impugnação de decisão interlocutória.

Contudo, a forma com que deva ser aplicado tal extensividade deve ser expressa quanto às possibilidades de preclusão das situações inclusas na leitura da norma, devendo ser realizada uma pontual reforma legislativa, com o findo de garantir segurança jurídica aos aplicadores do Direito e os jurisdicionados.

2.3 Decisão do STJ em Recurso Repetitivo que possibilitou interpretação extensiva do art. 1.015 do Código de Processo Civil (Agravos em Recursos Especiais n.º 1.704.520/MT e n.º 1.696.396/MT)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos recursos repetitivos representativos de controvérsia (art. 1.036 do Código de Processo Civil) conheceu dos recursos especiais interpostos e fixou a tese jurídica no sentido de: “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (BRASIL, 2018b, WEB).

O Agravo em Recurso Especial n.º 1.696.396/MT, ora afetado pelo rito dos recursos repetitivos, se trata na origem, de recurso especial em face de decisão em agravo interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que manteve a decisão interlocutória do relator que não conheceu do agravo de instrumento interposto por não estar previsto no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2018b, WEB).

O agravo de instrumento interposto teve como fundamento o combate a decisão interlocutória que declinou competência realizado pelo juízo de primeiro grau, e diante desse contexto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o rol do agravo de instrumento deve ser interpretado extensivamente (BRASIL, 2018b, WEB).

A mesma situação é a que se reflete no Agravo em Recurso Especial n.º 1.704.520/MT, também ora afetado pelo rito de recursos repetitivos, de modo que o Tribunal da Cidadania fixou a tese de que: “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (BRASIL, 2018, WEB).

Ambas as decisões que tratam do rito exposto no art. 1.036 do Código de Processo Civil foram moduladas para ser aplicadas às decisões interlocutórias proferidas após a publicação dos respectivos acórdãos, ambos publicados em 19 de dezembro de 2018.



CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o manejo do mandado de segurança como forma de impugnação de decisão interlocutória poderá fazer com que cada magistrado interprete subjetivamente se a decisão impugnada contém ou não abuso de direito ou teratologia, com o fim de conhecer ou não da ação mandamental, e diante disso, uma decisão com o mesmo teor decisório poderá ter diferentes interpretações pelos juízes, causando uma evidente insegurança jurídica aos operadores do Direito e os jurisdicionados.

Conclui-se também, que o *writ* é direcionado ao plenário dos Tribunais, fazendo com que tal matéria constante não passe pelo crivo dos órgãos especializados, ocasionando uma equidistância do julgador com a câmara especializada no julgamento da matéria que ora seria analisada em preliminar de apelação ou contrarrazões.

Além disso, o mandado de segurança demandará mais tempo a ser julgado, em razão de seus prazos elásticos.

Também se verifica que a ocorrência da transferência de matérias que deveriam ser julgadas por turmas especializadas para os órgãos plenários, pode acarretar uma desordem dos processos nos Tribunais, contrariando o disposto no art. 926 do Código de Processo Civil, que dispõe “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015, WEB).

Assim, a mudança de interpretação do rol de cabimento legal do agravo de instrumento é a medida mais eficaz para solucionar problemas que advêm da restrição a interpretação do rol art. 1.015 do Código de Processo Civil, em especial o uso do mandado de segurança como meio de impugnação de decisão interlocutória.

No entanto, a aplicação da interpretação extensiva deve ser realizada com demasiada cautela, com parâmetros expressos quanto a possibilidade ou não de preclusão das hipóteses flexibilizadas e indiretamente alocadas a norma como decisões impugnáveis pela via do agravo, devendo tal mudança interpretativa ser realizada por intermédio de uma pontual reforma legislativa, e não pela via das jurisprudências dos Tribunais espalhados pelo Brasil, bem como aquelas realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Agravos em Recursos Especiais n.º 1.704.520/MT e n.º 1.696.396/MT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino de. **Prática do Recurso de Agravo**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Decreto-Lei n.º 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: nov/2019.

_____. **Lei n.º 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: nov/2019.

_____. **Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: nov/2019, b.

_____. **Lei n.º 12.106, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12106.htm>. Acesso em: nov/2019.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: nov/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n.º 58.713/BA.** Relator: Antonio Carlos Ferreira. Publicado em: 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=90804179®istro_numero=201802390197&publicacao_data=20181217&formato=PDF>. Acesso em: nov/2019, a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 17.353/DF.** Relator: Humberto Martins. Publicado em: 30 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1322663&num_registro=201101460747&data=20140530&formato=PDF>. Acesso em: nov/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.694.667/PR.** Relator: Herman Benjamin. Publicado em: 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1647838&num_registro=201701896959&data=20171218&formato=PDF>. Acesso em: nov/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.696.396/MT.** Relatora: Nancy Andrighi. Publicado em: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF>. Acesso em: nov/2019, b.



_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.704.520/MT**. Relatora: Nancy Andrighi. Publicado em: 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF>. Acesso em: nov/2019, c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 267, de 13 de dezembro de 1963**. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2464>>. Acesso em: nov/2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo *et al.* **Curso de processo civil completo**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FÓRUM PERMANENTES DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum permanente de processualistas Cívis**. 2017. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: nov/2019.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a lei 13.256/2016**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil**. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; ARAGÃO, Erica Alves; BARBOSA, Lígia de Freitas. **STJ, o agravo e a interpretação extensiva do artigo 1.015 do novo CPC**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opiniao-stj-agravo-interpretacao-artigo-1015-cpc#author>>. Acesso em: nov/2019.

ROQUE, Andre Vasconcelos *et al.* **Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva**. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>. Acesso em: nov/2019.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCP: Mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento. **Revista de Processo**, v. 259, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n.º 4000078-53.2018.8.24.0000**. Relator: Joel Figueira Júnior. Publicado em: 15 de março de 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: nov/2019, a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n.º 4004768-62.2017.8.24.0000**. Relator: Rubens Schulz. Publicado em: 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: nov/2019.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Silas. **Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura**. 1, ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Fernanda Padilha¹

Resumo: A Mediação, na Lei 13.140/2015, apresenta-se como forma alternativa de solucionar conflitos, visto que a morosidade do Judiciário cresce e, por conseguinte, causa insatisfação entre os que dele necessitam. Atualmente, os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, são meios igualmente seguros e apresentam-se mais célere e menos desgastantes para os interessados. Em muitos casos a mediação é capaz de solucionar o conflito, no entanto há um pré-conceito ainda enraizado em nossa sociedade de que um método extrajudicial não terá segurança ou validade jurídica. Dessa forma, o presente artigo apresentará as vantagens que mediação oferece não somente ao interessado, mas também como ferramenta para ajudar no desafogamento enfrentado pelo Judiciário atual, visto que a mediação atua como um meio de efetivar o direito de acessar a justiça.

Palavras-chave: Mediação. Diálogo. Solução. Conflitos.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um dos direitos fundamentais garantido a todos, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por conseguinte, o grande número de processos em tramitação no Judiciário mostra que cada vez menos as pessoas estão dispostas a dialogarem para resolver seus conflitos, por isso é manifesto que o Poder Judiciário Brasileiro enfrenta uma morosidade na tramitação processual e na resolução de litígios, causando assim uma insegurança jurídica naqueles que o procuram.

A mediação de conflitos adveio com a Lei de Mediação, Lei nº 13.140 de 25 de junho de 2015, a qual dispõe que a mediação é meio de solução de controvérsia entre particulares, a qual visa construir uma sociedade pautada na fraternidade, democracia e participação, potencializando o diálogo, baseada pelos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, decisão informada e boa-fé, uma vez que a falta do diálogo aos poucos acaba gerando uma individualização entre as pessoas e fazendo com que estas deixem cada vez mais de se importarem com os problemas dos outros.

Por sua vez, o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 3º, §3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, tanto antes de se instaurar um processo judicial, quanto durante a tramitação, em qualquer fase do processo.

Desta forma, a mediação extra e judicial se mostra um instituto que vem sendo fortemente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como método alternativo de solução de conflitos. No entanto, qual a importância da Mediação extrajudicial frente ao Poder Judiciário?

Será estudado no primeiro capítulo do presente artigo o que é a mediação, bem como qual seu objetivo, uma breve síntese dos demais métodos de solução de conflitos consensuais e quais os conflitos que podem ser submetidos à mediação. Por conseguinte, no segundo capítulo serão apresentados os princípios norteadores da mediação e os modelos de mediação. Por fim, o terceiro capítulo demonstrará as etapas da mediação e as técnicas que podem ser utilizadas, o papel que o advogado desempenha nas sessões mediação e conclui expondo qual a importância da Mediação

1. Advogada. E-mail: advfernandapadilha@gmail.com.



Extrajudicial frente ao Poder Judiciário e qual seu papel para facilitar aos cidadãos o acesso à justiça.

Neste contexto o objetivo geral é demonstrar a eficácia da mediação de conflitos extrajudicial e sua importância para a sociedade contemporânea e para o ordenamento jurídico e, ainda, objetiva-se comprovar que a utilização desta prática pela sociedade pode ajudar a restabelecer a paz social e servir como uma aliada ao Poder Judiciário.

Para tanto, tem-se como objetivos específicos, expor em que consiste a mediação, os princípios que a norteiam, sua criação e seu objetivo, verificar as técnicas utilizadas na mediação extrajudicial, qual o papel do mediador e, por fim, demonstrar qual a importância da mediação de conflitos extrajudicial frente ao Poder Judiciário.

Como metodologia de pesquisa foi utilizado o método dedutivo, sendo a investigação feita através do método observacional e monográfico. Para tanto, os métodos de procedimentos técnicos foram pesquisa bibliográfica e documental. Para isso, a pesquisa se deu por meio de livros, periódicos e *sites* pertinentes ao assunto.

1. CONCEITO DE MEDIAÇÃO

No Brasil, a mediação está regulamentada através da Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, Lei da Mediação, a qual considera mediação como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, contudo, o seu incentivo pode ser exteriorizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diz em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Diante das peculiaridades que cada controvérsia pode apresentar e da situação que cada parte se encontrar, devem ser disponibilizados diferentes meios de solução de conflitos, a fim de proporcionar a mais adequada resposta possível.

Pode-se entender como solução pacífica de controvérsias a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem.

No intuito de fomentar a utilização da conciliação/mediação, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) dispõe a respeito da mediação em seu artigo 1º, §3º:

Artigo 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

[...]

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Neste último, o instituto da mediação é apresentado como uma norma fundamental de aplicação das normas processuais, sendo uma prática que deve ser estimulada, inclusive por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público,



tanto no curso do processo, prevendo a possibilidade de as partes transigirem a qualquer momento, quanto de forma extrajudicial.

Por essa lógica, verifica-se que o Poder Legislativo vem reiteradamente incentivando a solução consensual de conflitos. O CPC traz dentro do capítulo III, a sessão V, que trata somente da mediação e da conciliação, regulamentando a estrutura, do procedimento, do mediador e dos princípios que norteiam a tal instituto.

A mediação pode ser tida como um método interdisciplinar de conhecimentos tendo comunicação com a psicologia, a sociologia, a antropologia, o direito e da teoria dos sistemas.

Em sua linha doutrinária, Didier Jr. (2017, p. 305) ensina:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios.

Ou seja, a autocomposição proporciona aos conflitantes a responsabilidade de juntos tomarem uma decisão, a qual irá resolver e regulamentar o conflito e deverá ser cumprida por todos. Por meio da autocomposição, os litigantes têm o poder de decidir seus conflitos de uma maneira benéfica para aqueles envolvidos.

Importante ressaltar que para que os mediados cheguem a um consenso será necessária a figura do mediador, um terceiro imparcial que irá, por meio de técnicas, restabelecer a comunicação que havia entre os mediados antes do conflito, isso fica claro nas palavras de Tartuce (2018, p. 56):

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas.

Com isso, é nítida a finalidade do mediador que é restabelecer o diálogo entre os mediados para que, conseqüentemente, estes cheguem a um consenso, ou seja, o acordo é uma consequência do restabelecimento do diálogo e do relacionamento que havia entre os mediados.

Ainda, continua a fala de Tartuce (2018, p.24):

A conciliação, a mediação e a transação espelham autocomposição, o que se afirma na exata medida em que o mediador e o conciliador se restringem a, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de tal sorte que não podem, como faz o juiz ou o árbitro, impor qualquer decisão.

Por esse viés na mediação, os mediados não atuam como adversários, mas como corresponsáveis pela solução do conflito. O mediador atuará apenas como um facilitador da comunicação, estimulando o diálogo, auxiliando na resolução dos conflitos, mas não decide. Ademais, a mediação é um procedimento voluntário, ou seja, ela será provocada, a parte irá solicitar uma sessão e ocorrendo a mediação, ninguém será obrigado a permanecer na sessão.

Por isso pode-se dizer que a mediação e a conciliação são procedimentos não adversários de solução de conflitos, diferente do que ocorre nos processos



administrativos, judiciais ou arbitrais, ou seja, ao contrário dos meios judiciais e arbitrais, a mediação objetiva, principalmente, que os litigantes restaurem suas relações, e reestabeleçam o vínculo que possuíam antes de iniciar seus conflitos.

1.1 Breve síntese dos demais métodos de solução de conflitos consensuais

De acordo com o pensamento doutrinário de Albuquerque (2017), em 2005, com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, entre outras funções, deve aprimorar o serviço prestado pela justiça e ampliar o acesso à justiça, deu-se início à consolidação das políticas públicas voltadas à resolução de conflitos, de forma estruturada e padronizada, com a consequente aprovação da Resolução nº 125, em 29 de novembro de 2010, a qual tem como objetivo transmitir a todos a cultura da pacificação social e estimular os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição.

1.1.1 Conciliação

É um meio de solução de controvérsias em que as partes, através de participação de um terceiro, o conciliador, buscam resolver controvérsia, na forma de um acordo.

O que diferencia a conciliação da mediação é a atuação do conciliador durante a sessão e os tipos de conflitos que podem se submeter à conciliação.

Didier (2017, p. 274) ensina que o conciliador “tem uma participação mais ativa na negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio”, já o mediador serve apenas como um facilitador da comunicação entre os mediados facilitando o diálogo entre eles.

Já Barbosa; Silva, (2013, p. 185), citados por Tartuce (2018, p. 54), entendem que “no exercício de sua função o conciliador, embora possa sugerir possibilidades de resolução, deve estimular as partes a elaborarem soluções próprias”.

Ainda, o CPC prevê no § 2º do artigo 165 que o conciliador deve atuar, “preferencialmente, nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio”.

A conciliação, assim como a mediação, pode ocorrer extra ou judicialmente, neste último caso o conciliador será auxiliar da justiça. Historicamente é notada sua incidência no curso processual, diante de previsão legal de audiência para esta finalidade.

É importante que o conciliador apresente diversas opções de uma solução equilibrada, para que dentre as opções, as partes possam escolher a mais adequada e de possível cumprimento para a resolução do conflito em questão. Portanto, o conciliador faz a proposta, mas é necessária a aceitação das partes para a celebração do acordo. A apresentação de propostas por parte do mediador e a aceitação das partes são características fundamentais na conciliação.

Os princípios que regem a conciliação são os mesmos que regem a mediação: a Independência, Imparcialidade, Isonomia, Oralidade, Informalidade, Busca do consenso, Confidencialidade e Boa-fé.

A conciliação é um modelo de mediação mais focado no acordo, aplicada em casos onde não havia relação entre as partes anteriormente ao conflito, tais como as de consumo e outras relações casuais.



1.1.2 Arbitragem

A arbitragem é um instrumento previsto em leis e convenções internacionais com destaque para a Convenção de Nova York e aqui no Brasil tem como norma básica a Lei nº 9.307/2006.

Na arbitragem aparece a figura de um terceiro ou colegiado, o qual irá analisar provas e argumentos e terá a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido sem a intervenção estatal, mas com força de uma sentença judicial.

Cahali (2013, p. 38) leciona sobre o tema da seguinte forma:

Caracteriza-se, assim, ainda como um método adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial, a diferença é que não foi proferida por um integrante do Poder Judiciário.

Assim, pode-se dizer que a arbitragem confere tanto efeitos negativos quanto positivos. Negativos por subtrair poder jurisdicional ao juiz estatal e positivos, pois confere esse poder ao árbitro após a aceitação das partes, ou seja, o árbitro poderá decidir não com base em alguma lei específica, mas, sim, na equidade levando em consideração os princípios norteadores do direito.

Baseia-se na boa-fé e na autonomia das partes, caracterizando-se pela celeridade, economia e essencialmente sigilosa, sendo utilizada para a resolução de qualquer tipo de conflito, seja ele relacionado a direitos patrimoniais ou comerciais, prestação de serviços, divórcio ou até mesmo herança.

A sentença arbitral tem equivalência a uma sentença judicial, sendo irrecorrível e com natureza de título executivo judicial, passível de execução mesmo que sem a homologação de um juiz.

Assim dispõe o artigo 31 da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem): “Artigo 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (BRASIL, 1996, WEB).

Se uma das partes descumprir o acordo deverá ainda tentar um acordo extrajudicial para a execução da sentença e se mesmo assim persistir o descumprimento, então poderá a parte vencedora requerer a execução da sentença arbitral junto ao Poder Judiciário, seguindo as regras gerais previstas no artigo 516, III, do CPC: “Artigo 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: [...] III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo”. (BRASIL, 2015, WEB)

Por fim, Alem (2009) leciona que após a sentença arbitral ficam definidos o prazo para cumprimento da sentença e a multa para o caso de haver descumprimento.

1.1.3. Negociação

Ensina Albuquerque (2017) que na negociação, busca-se um acordo de ganhos mútuos, baseada em princípios e na cooperatividade das partes por não ter como objetivo derrotar a outra parte.

Assim, pode se sujeitar à negociação tanto conflitos que envolvam relação continuadas quanto conflitos que envolvam relações episódicas, como as consumeristas.

Para Tartuce (2018, p. 49)



A negociação pode ser entendida como a comunicação estabelecida diretamente pelos envolvidos, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo; trata-se do mais fluido, básico e elementar meio de resolver controvérsias, sendo também o menos custoso.

Em certo sentido, a negociação é o processo de comunicação em que duas ou mais pessoas decidem sobre a distribuição de valores escassos; em outras palavras, negocia-se para se obter com o outro aquilo que sozinho não se obteria.

[...]

Pela negociação, os sujeitos em conflito podem, sem a intervenção de outrem, alcançar uma solução para o assunto suscitado, comunicando-se entre si e expondo seus benefícios.

Ou seja, a negociação consiste em uma conversa direta entre as partes, onde lidam diretamente com o conflito e o resolvem de forma mais direta e assertiva, porém assim como na mediação, na negociação também poderá ter a figura de um terceiro, o qual atuará como negociador naqueles casos em que não for possível que as partes consigam resolver o conflito diretamente uma com a outra.

1.2 Conflitos que podem ser submetidos à mediação

A mediação é aplicada nos conflitos em que as partes mediadas já tenham uma relação anteriormente, pois sua natureza transformativa busca uma mudança de atitude dos mediados frente ao conflito.

Nesse sentido, Carlos Eduardo Vasconcelos (2008) ensina quais os conflitos a serem submetidos: Mediação Familiar, para os conflitos domésticos ou no âmbito da família (como no divórcio, regulamentação de guarda de menores, alimentos, etc); Mediação Comunitária, para conflitos de vizinhança; Mediação Escolar, no ambiente das instituições de educação, inclusive quando praticada pelos próprios alunos em relação aos seus conflitos recíprocos; Mediação Corporativa, para os conflitos no ambiente empresarial.

Na mediação, deve ser estimulado que cada um dos mediados expresse sua percepção do conflito, com perguntas abertas para que o mediador possa instigar os mediados a solucionar seu conflito e restabelecer a relação que havia.

1.3 Objetivos da mediação extra e judicial

A mediação é uma das formas alternativas à jurisdição, capaz de solucionar controvérsias de forma consensual.

Como visto, os casos levados à mediação são aqueles em que já havia uma relação entre as partes anteriormente ao conflito.

Nas sessões, o mediador tem a tarefa de restabelecer o diálogo entre os mediados e aconselhar esses. É o que entende Tartuce (2018, p. 240):

Um primeiro objetivo importante na mediação é permitir que as pessoas envolvidas no conflito possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, habilitando-se a discutir elementos da controvérsia e eventualmente encontrar saídas para o impasse.

Percebe-se, assim, que a mediação busca conservar o relacionamento entre os mediados, para manter a paz e a harmonia social. Deste modo, uma vez restabelecido o diálogo, será possível chegar a um acordo.

Outro objetivo da mediação extrajudicial é garantir o direito de acesso à justiça a todos, o que é uma das finalidades do Estado. Nos dias de hoje ainda é possível



encontrar comarcas nas quais não há defensoria pública ou núcleos de práticas jurídicas. Assim, a opção da mediação extrajudicial através de câmaras privadas ou Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania é um meio pelo qual pode-se efetivar o direito de acesso à justiça.

Não basta o ingresso e juízo. Deve ser assegurado a todos os cidadãos o direito de ter uma resposta sobre o desenvolvimento do processo e a oportunidade de resolução do conflitos, observadas todas as garantias e direitos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro para uma resolução justa, não confundindo acesso à justiça com acesso ao Poder Judiciário.

Por esse viés, o CNJ, através da Resolução 125/2010, determinou que “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses” e dessa forma, organizar, em âmbito nacional, mecanismos de solução de conflitos, reconhecendo que a aplicação da mediação e da conciliação já aplicadas em programas implementados no país contribui para reduzir o excesso de processos ajuizados.

Ainda, no sentido de que a mediação é um meio de se combater a cultura do litígio e auxilia na redução de demandas judiciais, é o pensamento de Spengler e Spengler Neto (2013, p. 16) acerca da Resolução 125/2010 do CNJ:

Vale ressaltar que a resolução menciona a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a solucionar e prevenir os litígios, já que sua prática em programas já implementados no País tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, devendo servir de base para a criação de Juízos de resolução alternativos de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

Pelo exposto, percebe-se que um dos objetivos importantes na mediação é permitir que os mediados possam voltar a ter uma comunicação para encontrar saídas para o conflito, proporcionando aos mediados a autonomia de elaborar, por si mesmos, acordos duráveis.

Nas palavras de Tartuce (2018, p. 240) “antes de cogitar a extinção do conflito como objetivo primordial, deve o mediador contribuir para que deficiências de comunicação entre os sujeitos não impeçam suas conversas”.

No mesmo sentido entendem Spengler e Spengler Neto (2013, p. 95):

Percebe-se que, se a finalidade dessas formas alternativas é estabelecer um diálogo entre as partes, a ponto de elas mesmas chegarem ao consenso e encontrarem a solução, a consequência direta que elas almejam é a confidencialidade acerca do que foi relatado nesse diálogo.

Nas palavras de Tartuce (2018, p. 243) “a experiência anterior de composição pela mediação gera aprendizado sobre formas proveitosas de comunicação e serve como diretriz para futuros encaminhamentos de controvérsias”.

2. MODELOS E PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

2.1 Modelos de mediação



2.1.1 Mediação Satisfativa

A mediação satisfativa segue os preceitos da negociação cooperativa desenvolvida pela Escola de Harvard, baseada em princípios e na cooperatividade, que tem como objetivo priorizar o problema concreto e buscar a realização de acordo. Serve como modelo para os demais modelos de mediação além de ser adotado em complemento ao processo judicial. Vasconcelos (2008, p. 73) esclarece:

Ali foram elaborados conceitos e procedimentos, por exemplo, sobre: 1) “posição” (atitude polarizada e explícita dos disputantes) e “interesses” (subjacentes e comuns, embora contraditórios ou antagônicos, a serem identificados); 2) técnicas de criação de opções para a satisfação dos interesses identificados; 3) a necessidade de observação dos dados de realidade ou padrões técnicos, éticos, jurídicos ou econômicos; 4) a importância de separar o conflito subjetivo (relação interpessoal) do conflito objetivo (questões concretas).

A esse respeito, Tartuce (2016, p. 11) leciona:

A Escola de Harvard de negociação e mediação, em termos de estigma, ficou identificada como a linha de pensamento que propõe o enfoque em interesses ao invés de posições, e com a teoria da negociação baseada em princípios. A rigor, ao se contrastar algum novo “modelo” ao que se considera o modelo de Harvard, haveria de se criar um novo conceito fundamental que preconizasse ideia diferente e oposta à de “enfoque nos interesses ao invés de posições”.

Por esse modelo, prioriza-se o conflito objetivo, ou seja, o problema concreto. Tal modelo, caracteriza-se como uma negociação, por adotar os preceitos da Escola de Harvard, porém com a presença de um terceiro, o mediador.

2.1.2 Modelos Focados na Relação

Trata-se de um modelo criativo inspirado no modelo satisfativo de Harvard. Vasconcelos (2008, p. 80), ensina a esse respeito que “Nesse modelo, a obtenção do acordo deixa de ser o objetivo prioritário para se tornar uma possível consequência do processo circular-narrativo”. Assim, a mediação nasce como um processo conversacional, que se dá através do diálogo entre os envolvidos. Nesse sentido leciona Tartuce (2016, p. 14):

Nesse cenário, os mediados podem contar suas histórias sob outra versão e, a partir de uma diferente perspectiva dos mesmos fatos encontrar, na trajetória narrada, uma nova visão sobre a realidade preexistente, localizando habilidades e competências para gerir momentos difíceis.

Para tanto, são utilizadas microtécnicas aplicadas em dois modos, que podem ser explicados por Vasconcelos (2008): O Modo interrogativo, que são perguntas informativas que viabilizam um melhor conhecimento sobre os mediados e esclarecem informações recebidas, contribuindo para que os mediados reflitam sobre o conflito, sobre a relação, bem como, tenham novos questionamentos, assumam sua responsabilidade e compreendam a interdependência dos elementos que compõem o conflito. No entendimento de Tartuce (2018, p. 258), as perguntas podem ter várias funções:

[...] permitir ao mediando falar por si mesmo diretamente ao outro, revelar sentimentos, dúvidas, emoções, demonstrar a complexidade do conflito e estimular a criação de ideias. O modo interrogativo é ainda uma expressão importante por ser o melhor meio de preservar a imparcialidade do mediador;



afinal, quando perguntamos deixamos de assessorar, aconselhar ou emitir juízos de valor.

E o modo afirmativo, que, para Vasconcelos (2008), tal modelos se funda em reafirma o que foi dito pelos mediados em outras palavras ressaltando as características principais de cada fala para assim facilitar a compreensão das partes.

2.1.3 Mediação Transformativa

A mediação transformativa teve um maior desenvolvimento na área de conflitos familiares e de casais acolhendo técnicas da mediação satisfativa, aspectos da terapia sistêmica de família.

O mediador trabalha com procedimentos e técnicas, de acordo com o que melhor se adequa ao caso concreto para dar aos mediados uma maior clareza sobre os objetivos e opções e é justamente por isso que Vasconcelos (2008, p. 81) defende que “[...] a mediação é potencialmente transformativa; por oferecer os mediados a oportunidade de desenvolver e integrar suas capacidades de autodeterminação e responsividade aos outros”. Na visão de Tartuce (2016, p. 13):

Os adeptos dessa corrente querem se distanciar da tradição da mera “solução de problemas” na mediação, buscando mudar o paradigma da visão de mundo individual para a relacional; para essa corrente, as disputas não devem ser vistas como problemas, mas sim como oportunidades de crescimento moral e transformação.

Ainda, Tartuce (2018, p. 216) entende que:

Na perspectiva transformativa, a principal meta da mediação é dar aos participantes a oportunidade de aprender ou de mudar; com isso, pode-se alcançar uma sorte de evolução moral ou “transformação” por meio do aprimoramento da autonomia (ou “empoderamento”, como capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e de “identificação” (como capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia).

Fica clara que a mediação transformativa tem como objetivo modificar o pensamento inicial das partes através de perguntas e esclarecimentos voltadas ao empoderamento de as partes participarem do debate e se conscientizar sobre seus direitos e deveres.

2.2 Princípios norteadores da mediação

Não obstante, a Lei n° 13.140 define que a mediação, extra e judicial, será regida pelos princípios da independência, imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, busca do consenso, confidencialidade, decisão informada e boa-fé.

2.2.1 Princípio da Independência

De acordo com Didier Jr. (2017), tal princípio diz respeito a atuação do mediador que deve de, na sessão de mediação atuar com liberdade, sem qualquer influência/pressão interna ou externa.

Na linha doutrinária de Vasconcelos (2008), esse princípio se trata de o mediador não ter nenhum grau de parentesco, dependência, amizade ou relação de emprego com algum dos mediando. Para ele, tal princípio está relacionado ao aspecto subjetivo do comportamento do mediador.



Por fim, o mediador deve ter liberdade para aplicar as técnicas que entender apropriadas ao caso sem que haja influência ou qualquer tipo de relação com os mediados, dessa forma terá o mediador autonomia para conduzir a sessão sem qualquer tipo de influência interna ou externa.

2.2.2 Princípio da Imparcialidade

Didier Jr. (2017) leciona que por este princípio o mediador “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho”.

Tartuce (2018) entende que a imparcialidade demanda um comportamento justo no sentido de garantir aos participantes a adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões.

No mesmo sentido, para Kamel (2017), por este princípio, o mediador não deve ter qualquer vinculação étnicas ou sociais com qualquer das mediados.

2.2.3 Princípio da Isonomia

Este princípio está expresso no artigo 2º da Lei de mediação. Kamel (2017, p. 72) leciona que “isonomia significa ter as partes por igualmente capazes de participar da mediação, sem que uma tenha manifesta vantagem sobre a outra”.

Da mesma forma é o pensamento de Tartuce (2018, p. 236) que a “mediação deve proporcionar igualdade de oportunidades aos envolvidos para que eles tenham plenas condições de se manifestar durante todo o procedimento”.

2.2.4 Princípio da Oralidade

A dinâmica da mediação é ditada pela oralidade da linguagem comum entre as partes, ou seja, a mediação se desenvolve por meio do diálogo entre os mediados e o mediador. Tal princípio é caracterizado por Tartuce (2019, p. 223) da seguinte forma:

A mediação se desenvolve por meio de conversações e/ou negociações entre as pessoas. Como meio focado no (r)estabelecimento da comunicação, configura um procedimento pautado por iniciativas verbais: por meio de expressões, questionamentos e afirmações, busca-se viabilizar um espaço de comunicação entre os envolvidos para que eles possam divisar saídas para seus impasses, relatando sua percepção e contribuindo para eventual elaboração de propostas.

Nesse mesmo pensamento Didier Jr. (2017) esclarece que é com base no diálogo que se busca a solução do conflito.

2.2.5 Princípio da Informalidade

Indica Didier Jr. (2017) que não existe uma regra de conduzir a mediação, pois o mediador atuará conforme o caso concreto aplicando os métodos que entender mais eficaz.

O Manual de Mediação para Defensoria Pública orienta que o objetivo principal é tornar a mediação acessível a todos os cidadãos, evitando-se a excessiva burocratização dos seus procedimentos. Nesse sentido pensa Tartuce (2018, p. 220):

A informalidade na conversa pode favorecer a comunicação tanto entre as pessoas em conflito como entre elas e o mediador; afinal, havendo maior descontração e tranquilidade, facilita-se o encontro de uma composição favorável a ambas as partes.



Por este pensamento, como a mediação se desenvolve através do diálogo entre as partes, o procedimento não tem regras fixas para a condução de uma sessão de mediação, isso permite o relaxamento e a tranquilidade, deixando as partes mais à vontade e otimizando as chances de se chegar a um acordo.

2.2.6 Princípio da Autonomia da Vontade das Partes

Por esse princípio é dada liberdade aos mediados para escolher a melhor forma para resolução da controvérsia. Kamel (2017, p. 73) ensina que “mesmo que, intimamente, discorde da decisão que as partes pretendem tomar, o mediador deve ter alto respeito e valor a autonomia que elas manifestam no alto da mediação”.

A mediação permite que os mediados decidam os rumos da controvérsia e encontrem uma saída consensual para o conflito. Explica Tartuce (2018) que “ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça”.

2.2.7 Princípio da Busca do Consenso

O acordo a ser celebrado deve ser fruto do consenso entre as partes. Para tanto, de acordo com Tartuce (2018, p. 230) “O princípio da busca do consenso, como se percebe, é inerente à autocomposição, permeando a pauta de atuação do facilitador do diálogo”. Ou seja, ao atuar como um facilitador da comunicação, o mediador deve se valer de técnicas e estratégias para conduzir o procedimento de forma produtiva, pois a alta de consenso entre os mediados inviabiliza a realização de um acordo. O mediador atuará facilitando a negociação entre os mediados contribuindo para que o diálogo evolua.

2.2.8 Princípio da Confidencialidade

Por este princípio todos que participem da sessão de mediação, deve manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, ou seja, este princípio impede que as informações obtidas em uma sessão de mediação não podem ser utilizadas em outro lugar, como em um processo judicial, por exemplo.

2.2.9 Princípio da Decisão Informada

Didier Jr. (2017) ensina que tal princípio diz respeito ao esclarecimento, por parte dos mediadores, sobre os direitos dos mediados em aceitar participar da via consensual e de seguir participando das sessões.

Como descrito por Tartuce (2018, p. 2017): este princípio impõe que o mediador informe aos mediados sobre seus direitos de aceitar participar da via consensual e de seguir participando das sessões, ou seja, durante todo o procedimento a participação deve ser voluntária. Caso alguém queira interromper ou suspender sua atuação, isso é possível.

Ademais, por este princípio, é dever do mediador manter os mediados plenamente cientes do contexto fático no qual estão inseridos.

2.2.10 Princípio da Boa-Fé

Didier Jr. (2017) conceitua que “a boa-fé é um princípio que alimenta todo o ordenamento jurídico”. Na mediação exige-se que todos envolvidos no sentido de pacificar o conflito, de modo que o acordo celebrado seja fruto da vontade de ambas as partes.

Tartuce (2018, p. 231) ensina: “A boa-fé consiste no sentimento e no



convencimento íntimos quanto à lealdade, à honestidade e à justiça do próprio comportamento em vista da realização dos fins para os quais este é direcionado”.

Portanto, é imprescindível agir com lealdade e real disposição de conversar para que a via consensual possa se desenvolver de forma eficiente.

3. DA SESSÃO DE MEDIAÇÃO

De acordo com o Manual de Mediação Judicial (2016), a sessão de mediação deve ocorrer em um ambiente preparado para receber as partes que irão mediar, de modo que se sintam confortáveis, tranquilas e seguras. Nas palavras de Tartuce (2018, p. 204) “Uma das possibilidades de promover movimentos úteis é gerar um ambiente de conversação que permita às pessoas dedicarem atenção aos interesses envolvidos em uma perspectiva produtiva”.

Dessa forma, é indicada a utilização de uma mesa redonda para evitar a posição de antagonismo, lados opostos. No entanto, poderá ser usada a mesa retangular, ficando os mediadores de um lado e os mediados de outro, ou poderá a sessão se dar sem a utilização de mesa, mas em forma de círculo.

A mesa redonda apresenta a vantagem de permitir colocar as parte sem uma posição equilibrada, além de facilitar a comunicação, pois que as partes podem olhar uma para a outra sem ter que movimentar a cadeira.

Noutra circunstância os mediadores se sentam em um dos lados da mesa, ficando de frente para as partes. De acordo com Kamel (2017, p.109) essa disposição cria a sanção de autoridade do conciliador e cria “a vantagem de colocar as partes lado a lado, o que retira o sentimento de rivalidade que é transmitido pelas tradicionais mesas de julgamento nos tribunais”.

Em outras circunstâncias, o mediador pode optar por retirar a mesa e colocar as cadeiras mais próximas, criando assim, um ambiente mais informal.

O procedimento da mediação irá variar de acordo com o modelo aplicado e o caso concreto.

3.1 Pré-mediação

A pré-mediação não é uma condição necessária da mediação. De acordo com o Manual de Mediação da Defensoria Pública (2014), “a pré-mediação consiste na troca de informações que ocorre antes de iniciar a mediação propriamente dita”. Vasconcelos (2008) esclarece que a pré-mediação ocorre quando alguém procura pela mediação e é recebido pelo mediador. Isso pode ocorrer por ambas as partes que irão mediar ou somente por uma delas, o solicitante. Nesse momento o mediador deverá explicar sobre o processo de mediação e colhe as informações necessárias para verificar se a mediação é o método adequado e eficaz para solucionar o conflito apresentado, bem como. Também, é nesse momento que o mediador verifica se há algum impedimento para sua atuação.

Caso a pessoa solicitada compareça, deverá ser recebida e tratada da mesma forma que o solicitante, o mediador deve realizar a entrevista de pré-mediação e ouvir com atenção. Na visão de Tartuce (2018, p. 264):

Na pré-mediação há a explicação do perfil do procedimento. No caso de mediações privadas (institucionais ou autônomas), o mediador faz a proposta de contrato de prestação de serviços; tal etapa pode se dar na presença das partes em conjunto ou individualmente.

São objetivos da pré-mediação eliminar a contenciosidade, informar as partes sobre sua responsabilidade pelo processo, promover cooperação e respeito



mútuo, escutar atentamente o que cada um deseja e fomentar a confiança entre os indivíduos.

Ou seja, o mediador fará esclarecimentos sobre o procedimento da mediação, seus princípios, seu papel como papel do mediador e destacar a importância da vontade das partes em transigir. Sobre isso Mendonça (2006, p. 91) comenta:

Independente de como um mediador entre em uma disputa, ele deve realizar algumas tarefas específicas no primeiro estágio do processo de mediação, também designado como pré-mediação. Estas tarefas incluem a construção de credibilidade pessoal, institucional e processual, esclarecimentos sobre o funcionamento do procedimento, o papel e a função do mediador e a conscientização das responsabilidades que serão assumidas pelas partes durante e após o procedimento.

Ou seja, a pré-mediação será o momento em que o mediador irá explicar sobre o procedimento e colher as primeiras informações para analisar se o conflito colocado comporta a mediação. Essa etapa pode não ocorrer, vai depender do modelo de mediação escolhido pelo mediador.

3.2 Etapas do procedimento

O que se busca, sobretudo, é que as próprias partes cheguem à solução. Outra importante característica da mediação é a informalidade, pois o processo vai se adequando conforme a participação e interesse dos mediados.

De acordo com Vasconcelos (2008), a mediação é composta por 6 etapas com o objetivo de facilitar o andamento da sessão.

Primeira etapa: Declaração de abertura (ou sessão de abertura) – a abertura da sessão de mediação é um momento crucial para dar início à conversação. Essa fase tem como objetivo apresentar o processo de mediação, quais as regras que deverão ser seguidas, seus princípios basilares e como a mediação se desenvolverá.

Nesta fase inicial é normal que as partes se sintam nervosas e inquietas, o que dificulta a sua captação de informações. No entanto, o mediador precisa saber como os conflitantes chegaram até ali, o que os levou à mediação. Por isso, a falade abertura da mediação deve ser sempre no intuito de deixar os mediados confortáveis como processo em si, bem como, evitar futuros questionamentos quanto ao desenvolvimento da sessão. A função dessa fase fica clara na explicação de Kamel (2017, p. 96):

A sessão ou declaração de abertura serve para apresentar às partes o processo de mediação, explicando como ele se desenvolve e as regras que deverão ser seguidas, a fim de deixá-los confortáveis com o processo e evitar questionamentos futuros quando a seu desenvolvimento, o que interromperia o fluxo da mediação.

Tal conceituação pode ser complementada com a fala de Tartuce (2018, p. 254), ao explicar a importância da declaração de abertura antes de se iniciar a sessão de mediação:

A abertura é um momento crucial para o início da conversação. O mediador pode não saber como os litigantes ali chegaram: se foram encaminhados por uma instituição (comunitária ou do sistema de Justiça), se um deles teve a iniciativa e o outro foi convidado a comparecer, pode ser interessante começar a conversa comentando como os participantes chegaram ali. É importante agradecer a presença, fazer as devidas apresentações e estar pronto para fornecer informações sobre a mediação.



Ainda sobre a declaração de abertura, o Manual de Mediação Judicial (2016 p. 166) recomenda, que o mediador utilize um tom de voz ameno que possa demonstrar às partes que conflitos integram qualquer relação humana e que caberá aos mediados a solução desses conflitos, reforçando que “o enfoque central da comunicação será a realização dos interesses das partes, e não a produção ou discussão de provas ou teses jurídicas”. Ainda nessa fase se faz indispensável esclarecer aos mediados de que o mediador explique qual seu o papel.

De igual forma, é importante que o mediador transmita aos mediados o sentimento de confiança e imparcialidade, para tanto, em suas falas, é sempre importante olhar para cada um dos mediados de modo equilibrado e calmo.

Por conseguinte, o Manual de Mediação Judicial (2016, p.163) traz o objetivo da declaração de abertura:

Deve-se registrar que é na declaração de abertura que as partes terão conhecimento do processo e das regras que serão aplicadas, razão pela qual se qualquer infringência às regras ocorrer ao longo da mediação, essa explicação prévia poderá sempre ser lembrada às partes para que voltem a atuar em conformidade ao que foi anteriormente estipulado. Essa técnica, [por exemplo, é muito útil quando se verifica que as partes estão se interrompendo constantemente. Nesse caso, lembrar às partes que elas concordaram, na fase de abertura, a não interromper a outra, mostra-se um caminho eficiente e, ao mesmo tempo, não agressivo de se retomar a normalidade. (SOUZA, 2016, WEB)

Em linhas gerais, nesta etapa o mediador explica para as partes o processo da mediação, expondo o respeito mútuo exigido, a garantia do sigilo, a igualdade de oportunidades, a responsabilidade das partes nas decisões tomadas e responde eventuais dúvidas.

Para tal etapa o mediador poderá utilizar-se de falas de acolhimento, realizar as apresentações pessoais, reforçar as partes sobre a oportunidade de fortalecer o vínculo a partir da mediação, dessa forma enquanto ocorre a fala do mediador, os mediados vão se acostumando e se familiarizando com o ambiente.

Segunda etapa: Exposição de razões pelas partes - o mediador deverá solicitar que as partes falem sobre o conflito que as levaram até a mediação, cabendo às partes decidir quem será o primeiro a falar, devendo o mediador solicitar que o outro mediado apenas escute. O mediador deve ouvir com atenção, deixando as partes à vontade para expressar seus sentimentos, contudo, quando o mediado tiver dificuldades na sua fala, o mediador deve estimulá-lo com perguntas e conduzir a mediação facilitando o diálogo entre os mediados e dando a mesma oportunidade de falar para todos. Nesse sentido Vasconcelos (2008, p.94) leciona:

Por meio dessas escutas e questionamentos, o mediador vai ajudando cada umas das partes a esclarecer seus respectivos interesses, preferências e posições, contribuindo, desse modo, para liberá-las da insegurança e dos apegos. Com isto, cada mediando vai, paralelamente, entendendo melhor a perspectiva do outro.

Vale ressaltar que as indagações feitas pelo mediador devem ser referentes a fala do mediador com o fim de facilitar o entendimento do que foi colocado, enfatizando as questões mais importantes.

Kamel (2017, p.101) ainda ressalta a importância dessa etapa para a fala dos mediados e a escuta do mediador: “É importante que as partes se sintam realmente



ouvidas, assim, o mediador deve evitar qualquer interrupção, relembrando as regras mencionadas no termo de abertura”.

Nesse mesmo sentido orienta o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 179):

Todavia, durante a fase de exposição de razões pelas partes deve o mediador registrar quais são as questões controvertidas, quais os interesses reais das partes e quais sentimentos eventualmente devem ser debatidos (em eventuais e pontualmente recomendadas sessões individuais) para que a mediação chegue a bom termo – mesmo que não haja acordo.

Nas mediações de família é indicado que um dos mediadores tenha formação em psicologia, psiquiatria ou serviço social, pois as emoções costumam ser mais elevadas. Contudo, caso nenhum dos mediadores tenha alguma das formações indicadas é recomendável o acompanhamento de um co-mediador que trabalhe em alguma das áreas.

Durante esta fase, deve o mediador anotar, em forma de resumo, quais são as questões controvertidas levantadas, quais os interesses reais das partes e quais sentimentos eventualmente devem ser trabalhados.

Terceira etapa: o mediador faz um resumo de tudo que lhe foi falado expondo em suas palavras os pontos de convergência, os pontos positivos e criar uma base sólida para a comunicação, assim explica Vasconcelos (2008, p.96):

Identificado o objeto do conflito, revelados os sentimentos, desejos e necessidades, estão os mediando mais fortalecidos e preparados para aprofundar um diálogo voltado para o interesse comum. O mediador acompanha, respectivamente, essa inclinação dos mediando e colabora para que eles se reconheçam mais efetivamente. Essa circunstância caracteriza o início de uma nova etapa.

Por conseguinte, o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 176) orienta que o mediador precisa ter cautela ao resumir a fala dos mediados, por qualquer exposição que o mediador faça e que não seja neutra poderá gerar uma insegurança quanto a imparcialidade do mediador. Por isso é recomendado pelo manual que os mediadores anotes as principais questões levantadas por cada mediado “identificando questões, interesses, necessidades e sentimentos – e, ao relatar sumariamente tais aspectos, busquem apresentar organizadamente e de modo neutro e imparcial tais informações as partes”. Assim o parafrasear e resumir o que foi dito, o mediador permite que os mediados possam escutar por outras percepção e perceber melhor o que expressou. Para tanto, o mediador pode repetir algumas falas e pedir que o mediado confirme se elas correspondem ao que foi dito.

Quarta etapa: após as partes ouvirem o que foi dito pelo mediador, começam a dialogar diretamente. Kamel (2017, p. 104) leciona quanto a importância dessa etapa na mediação:

A negociação é o ponto fulcral da mediação. Depois de toda uma preparação para chegada a essa fase, é nela que as partes debaterão sobre como podemos resolver conflitos, apresentando suas propostas e contrapropostas. Nessa etapa, as partes expõem suas pretensões, valendo-se de técnicas de negociação, a fim de alcançar o máximo resultado pretendido, em um trabalho de concessões mútuas—abrir mão de algo para alcançar a solução, esperando que a outra parte também o faça.



O mediador, nesta etapa, poderá realizar perguntas que facilitem a identificação de interesses comuns, agindo sempre de forma cautelosa para evitar agressões ou discussões. Caso seja necessário, o mediador poderá realizar sessões privadas com cada um dos mediados para obter um melhor resultado. Se verificado resistência por parte de um ou de ambos os mediados, poderá o mediador, respeitando a vontade mútua, propor a suspensão da sessão.

Quinta etapa: com os mediados colaborando nas tomadas de decisões iniciam-se as conclusões. Vasconcelos (2008) diz que nesta etapa, o mediador sintetiza o que foi dialogado induzindo as partes na busca por uma solução satisfatória e de possível cumprimento.

Chegado a um acordo, o mediador elabora o termo de mediação, no qual constará o que ficou acordado entres os mediados, com detalhes.

Sexta etapa: é redigido o acordo firmado entre os mediados, em uma linguagem de fácil entendimento e que contenha todas as exigências da decisão estabelecida. O acordo será assinado por todos que estiverem presentes na sessão.

Vasconcelos (2008, p. 97) ensina como deve ser redigido o termo de mediação:

O acordo é um contrato, sendo necessária a qualificação das partes, a identificação do seu objeto, a definição das respectivas obrigações, as diretrizes a respeito de onde, como, quando deverão ser cumpridas essas obrigações e as consequências do não cumprimento, bem assim o foro ou o modo como será exigido o seu cumprimento, [...]

Por conseguinte, o termo de acordo é um contrato que produzirá efeitos para todos os envolvidos. A Lei de Mediação dispõe em seu artigo 20 que, chegando as partes a um consenso, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial, se homologado judicialmente, título executivo judicial. Da mesma maneira, o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 784 que o termo de acordo extrajudicial terá validade de título executivo extrajudicial, desde que seja realizado por mediador credenciado por Tribunal. Veja:

Artigo 784. São títulos executivos extrajudiciais:
(...)

IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal. (BRASIL, 2015, WEB)

Importante se faz ressaltar que mesmo que não haja acordo ao final da sessão, deve-se redigir o termo, como orienta Kamel (2017, p. 105):

Mesmo sem acordo, indica-se a lavratura do termo (necessário em caso de mediação em processo judicial). O procedimento realizado no âmbito judicial, ainda que não chegue a um acordo, deve receber um termo por escrito, sem conter o teor do que foi debatido, por ser confidencial, documentando apenas a realização da mediação e seu final.

Ao final, o mediador deve agradecer e parabenizar os mediados pelo resultado alcançado.

Logo, por esse método, tenta-se quebrar alguns paradigmas da sociedade, como a cultura do litígio e necessidade de levar ao Poder Judiciário demandas que poderiam ser solucionados em um ambiente mais pacífico, célere e com mecanismos mais apropriados.



3.3 Técnicas

Durante as etapas citadas no tópico anterior, os mediadores devem usar técnicas que facilitem a comunicação. Algumas destas técnicas que podem ser utilizadas são: a escuta ativa, empatia, parafraseamento ou reflexão, feedback, perguntas abertas, observação das expressões, anotações, gravações e filmagens, entre outras.

3.3.1 Escuta Ativa

Tartuce (2018, p. 255) leciona qual a função da escuta ativa nas sessões de mediação:

A escuta ativa permite à pessoa perceber que ela é objeto de atenção, mostrando-se o interlocutor interessado em seus pensamentos e em suas opiniões; é também conhecida como “reciprocidade”, já que “as duas pessoas estão comprometidas no processo de ouvir ativamente e trocar informações.

Por esta técnica deve o mediador dar total atenção ao que cada um dos mediados têm a dizer, mas não somente nas palavras, também, nos gestos e expressões corporais.

Vasconcelos (2008, p. 66) explica, também, a importância de se ouvir com atenção para compreender o que o mediado está expressando com palavras e gestos:

Somente pessoas que se sentem verdadeiramente escutadas estarão dispostas a escutar. “Escute” a comunicação não verbal. Observe o movimento corporal do outro. Quem não compreende um olhar também não compreenderá uma longa explicação. Tenha claro que escutar ativamente não é apenas ouvir. É identificar-se, compassivamente, sem julgamentos.

Por esse raciocínio pode-se entender que para que os mediados escutem o que o outro tem a dizer é importante que eles se sintam escutados. É importante que o mediador demonstre atenção ao que está sendo exposto para que os mediados se sintam à vontade para expor os fatos e expressarem o que sentem e pensam.

No mesmo sentido Kamel (2017, p. 101) orienta como deve ser a postura do mediador ao aplicar essa técnica:

A importância ativa, ou escuta dinâmica, é uma ferramenta para estabelecer *rapport*: ao ouvir, o mediador deve olhar para aquele que fala e, sempre que necessário, parafrasear aquilo que é falado com termos mais simples e sem a carga emocional, perguntando à parte se era aquilo mesmo que se quis dizer.

Ou seja, a técnica da escuta ativa será utilizada em conjunto com a paráfrase, que será estudada no item 3.3.3, pois quando o mediador parafraseia a fala do mediado ele demonstra que estava ouvindo atentamente cada detalhe e está entendendo o que está sendo dito.

3.3.2 Caucus

Tartuce (2018) esclarece que Caucus são reuniões privadas que possibilitam às partes falar abertamente e, ao mediador, fazer perguntas mais diretas, que implicam, por exemplo, rever a própria contribuição para a situação conflituosa.

O Manual de Mediação para Defensoria Pública (2014,p.93)usa da seguinte argumentação:



Neste sentido, a reunião privada tem como possíveis finalidades:

- Auxiliar o mediador na busca de informações, já que pode haver resistência das partes em compartilhar entre si alguma informação valiosa para o processo;
- funcionar como espaço de drenagem emocional em situações em que as emoções – raiva, magoa etc. – estão presentes a ponto de inviabilizar o diálogo na reunião conjunta, possibilitando que o diálogo passe a fluir melhor;
- oferecer aos mediados a sensação de acolhimento e segurança para refletir livremente acerca de questões que podem causar desconforto se tratadas na reunião conjunta (a reunião privada é o ambiente ideal para as perguntas autoimplicativas, que podem expor os mediados);
- auxiliar na desconstrução de impasses – questões que obstruem a fluência do diálogo podem ser objeto de identificação e reflexão nas reuniões privadas (por exemplo, desequilíbrio de conhecimento, diferenças culturais, entre outras).

Verifica-se que o objetivo de trabalhar em reuniões privadas é ampliar a qualidade do diálogo, buscando informações que talvez a parte não se sinta à vontade para revelar na sessão conjunta e que podem ser questões que estejam inviabilizando a realização de um acordo.

3.3.3 Parafraseando (ou recontextualização)

O mediador reformula o que foi dito sem julgar e nem mudar o sentido original, mas com palavras que estruturam a fala e dê ênfase nas palavras que ajudem a organizar as ideias e que ajudem a resolver o conflito. O Manual de Mediação Judicial (2016, p. 233) orienta:

A recontextualização consiste em uma técnica segundo a qual o mediador estimula as partes a perceberem determinado contexto fático por outra perspectiva. Dessa maneira, estimula-se a parte a considerar ou entender uma questão, um interesse, um comportamento ou uma situação de forma mais positiva – para que assim as partes possam extrair soluções também positivas.

Assim, Tartuce (2018, p. 257) orienta que ao parafrasear e resumir o que foi dito, o mediador permite que os mediados possam escutar e perceber melhor o que expressou com outras palavras, sem carga de sentimento e por outra perspectiva.

3.3.4 Perguntas Abertas

Tal técnica utilizada para facilitar que os mediados relatem os fatos sem um direcionamento ou pré-julgamento do mediador. As perguntas devem ser feitas de maneira que a resposta seja inteiramente de responsabilidade dos mediados. Por exemplo, “o que você entende sobre isso? Qual a importância disso para você? O que você tem a dizer sobre isso?”. Dessa forma, permite que os mediados falem à vontade, como esclarece Vasconcelos (2008, p. 67):

Portanto, essencialmente, as perguntas são de esclarecimento (detalhamento) ou de contextualização. Porque elas são utilizadas para a obtenção de esclarecimento ou para facilitar uma revisão, um “empoderamento” do mediando. O conselho – que desigual a relação – deve ser evitado e substituído por perguntas que ajudem o outro a repensar a questão. As perguntas de contextualização não subtraem do indagado a responsabilidade e o poder de reelaboração das suas posições.



Ainda, Tartuce (2018,p.258) entende que “Ao prover um maior detalhamento de informações sobre situações, as perguntas sobre as particularidades da situação podem fazer o problema parecer menos complicado e levar as pessoas a pensar as soluções de maneira específica e prática”.

As perguntas são feitas de maneira a exigir que toda a construção da resposta seja inteiramente de responsabilidade das partes. Por exemplo, “o que você entende sobre isso? Qual a importância disso para você? O que você tem a dizer sobre isso?”. Evita que o mediador direcione ou manipule as respostas dos mediados e assim permite que os mediados falem à vontade.

3.3.5 *Brainstorming* (Tempestade de Ideias)

Ao utilizar essa técnica o mediador busca incentivar a criatividade dos mediados construir opções. O intuito é gerar ideias sem críticas, estimular os mediados a falem aquilo que vem à mente e, em seguida, o mediador deve fazer uma reflexão sobre as sugestões criadas para verificar a exequibilidade do acordo.

Essa etapa fica clara na fala de Vasconcelos (2008, p. 78):

Durante a sessão da tempestade de ideias, devem-se colocar os participantes lado a lado, para lidar, em conjunto, com o problema, convencionar a ausência de críticas, a confidencialidade e a socialização das ideias, produzir uma lista de ideias abordando o problema sob os mais variados enfoques, registrar as ideias em quadro-negro ou em grandes folhas de papel que todos possam ler.

O intuito é que os mediados falem aquilo que vem à mente sem críticas e, em seguida, analisar e selecionar as ideias mais importantes.

3.3.6 Anotações

É importante que o mediador anote o que for discutido, utilizando-se de palavras-chaves dos envolvidos. Essas anotações são importantes para que ele possa resumir cada informação recebida, repeti-la, discuti-la e assim estimular uma comunicação efetiva e de sucesso.

Importante destacar que pela flexibilidade que a mediação proporciona, não há uma regra de quais técnicas devem se utilizadas ou uma ordem de como usá-las. As variações vão ocorrer a depender da complexidade apresentada no caso, do grau de relacionamento entre as partes, do comportamento de cada mediado, como cada um responde às instigações, às perguntas e às etapas da sessão e demais fatores externos que podem influenciar o desenvolvimento da mediação.

3.4 O Papel do advogado na mediação

Na mediação extrajudicial, as partes não precisam estar assistidas por um advogado, a presença deste é facultativa. Contudo estando uma das partes estiver assistida por um advogado, a outra deve estar assistida também, pois deve-se ter cuidado para que a presença de um advogado representando apenas uma das partes não signifique um desequilíbrio no processo. Deve-se garantir a igualdade e a paridade de armas.

Neste caso, pode-se aplicar o artigo 9º, §1º da Lei nº 9.099/1995, segundo o qual:

Artigo 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.



§1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

Na Lei de Mediação, seu artigo 10, parágrafo único, prevê: “Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”.

Se faz necessário ressaltar que a igualdade a todos, perante a lei, consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, porém na medida da sua desigualdade. Dessa forma, o mediador deverá conduzir a mediação como de forma justa, ou seja, as partes devem estar atuando em igualdade de condições, conforme disposto no Manual de Mediação.

Nessa mesma linha, é importante destacar que havendo qualquer desconfiança de que há desequilíbrio de poder entre os mediados, o Manual de Mediação Judicial diz que cabe ao mediador “interromper a sessão de mediação e pedir que as partes busquem orientação de um advogado”.

Ao estudar o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 254), este ensina que:

Assim, o papel do mediador consiste em estimular o advogado a ter um desempenho profissional que permita o atingimento das metas do seu cliente ao mesmo tempo em que é reconhecido profissionalmente. Isto é, cabe ao mediador esclarecer qual vem a ser o papel do advogado em processos auto compositivos e deixar claro que advogados são muito importantes para a mediação na medida em que apresentam propostas que as partes não vislumbrariam sozinhas e trazem a segurança de que a parte não está abrindo mão de seus direitos.

A atuação do advogado em procedimentos auto compositivos deve ser diferente daquela adotada em procedimentos judiciais. Para Vasconcelos (2008, p.184) “O advogado, quando presente numa mediação, não atua como advogado, representante de qualquer dos mediados, mas como assessor ou consultor jurídico, para um apoio eventual, a critério do seu constituinte”.

Nesse mesmo sentido, o Guia de Conciliação e Mediação (2015, p. 24) dá a seguinte instrução:

Por outro lado, a participação dos advogados acompanhando as partes, nos procedimentos afetos aos métodos consensuais de solução de conflitos, é necessária, pois confere segurança jurídica aos acordos eventualmente obtidos nesses procedimentos, uma vez que apenas eles podem aconselhar juridicamente as partes (conduta vedada ao terceiro facilitador, ainda que esse tenha como profissão de origem a advocacia, de acordo com o Código de Ética, do Anexo II, da Resolução 125) e indicara utilização de termos necessários a fim de que o acordo se torne exequível, caso descumprido. (BRASIL, 2015, WEB)

Nesse sentido, leciona Kamel (2017, p.92) quanto a postura esperada pelo advogado quando em uma mediação:

O segundo detalhe a respeito do advogado atuante na mediação é sobre seu papel: a participação do advogado no procedimento fica em segundo plano e não deve ofuscar a negociação que ocorre entre as partes por meio do mediador. Como não se trata de entrar em um embate, ao advogado não compete impor-se, impedir o andamento da mediação, suscitar contenda ou manifestar desprezo por propostas ou pela atuação das partes ou do mediador.



Ainda, é importante que, quando procurado, o advogado informe ao cliente as alternativas disponíveis para a resolução do conflito e promova reflexão na adoção de meios consensuais de resolução de conflitos.

É nesse sentido que Tartuce (2018, p. 118) ensina que a moderna visão e compreensão do papel do advogado nas mediações o considera um pacificador, pois é dever do advogado informar seu cliente sobre os riscos da demanda e as possibilidades de um acordo, orientando sobre “implicações decorrentes da adoção de uma ou outra forma de composição de controvérsias”.

3.5 A importância da mediação extrajudicial frente ao Poder Judiciário e como método de efetivar o direito de acesso à Justiça

O acesso à justiça é um dos direitos fundamentais garantido a todos, extraído do artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Também, tem previsão no artigo 8º, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica (1969, WEB):

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Apesar do acesso à justiça ser um direito fundamental garantido a todos pelo ordenamento jurídico brasileiro, o próprio Poder Judiciário dificulta tal acesso com sua morosidade, formalidades, custas, etc. Tal realidade é exposta na fala de Silva; Spengler (2013, p. 131):

Por outro lado, devemos observar que o sobrecarregamento do Judiciário, na realidade brasileira, não tem causa somente nas relações pessoais, mas também em decorrência de diversos fatores intrínsecos ao Poder Judiciário como, por exemplo, o excesso de formalismo, a demora dos procedimentos, além de fatores administrativos, quais sejam: falta de servidores, equipamentos, capacitação, etc.

Por tais razões, é importante propagar na sociedade contemporânea a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos. Cappelletti; Garth (1988, p.12) salienta a importância do acesso à justiça em nosso ordenamento jurídico:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídica moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Cumprir observar que na verdade deve-se abandonar a visão de que o acesso à justiça apenas abrange as demandas perante o judiciário, pois a promoção dos métodos consensuais de solução de conflitos vêm facilitando o acesso à justiça material. “Acessar a justiça deixou de significar somente a possibilidade de ter o judiciário à disposição, mas, além disso, dispor de condições reais (econômicas, culturais, institucionais) para acioná-lo” (FULLIN, 2017, p. 220). Portanto, justiça deve ser aquela em que as partes



saem satisfeitas com o resultado, consiste precisamente em uma solução efetiva do conflito por meio de participação adequada no resultado final pelos interessados.

Por isso, a importância em se estudar a mediação fica clara na fala dos doutrinadores Kepene; Martins (2009, p. 84): “Nas últimas duas décadas a mediação tem recebido muita atenção no campo de resolução de conflitos. E surge agora como a mais poderosa ferramenta no movimento de Resolução Alternativa de Conflitos que pretende criar alternativas ao processo litigioso”. É nesse sentido que Tartuce (2018, p. 20) enfatiza que a mediação deve ser abordada devido sua competência de delegar aos próprios mediados a responsabilidade pela possível celebração de acordos. Ainda, frisa que o acesso à justiça merece atenção, visto que esse não se confunde com acesso ao Poder Judiciário, ressaltando que “a garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional, importante conquista do Estado de Direito, não afasta a proposta de pensar em formas produtivas de compor as partes em conflito”.

Desta forma, o processo judicial não mais vem sendo considerado a única via para resolver conflitos. Deve o Estado oferecer meios diversos para garantir o acesso à justiça e é nesse sentido que a mediação extrajudicial se apresenta como um mecanismo de solucionar conflitos através do diálogo entre os conflitantes, no qual um terceiro, imparcial, irá facilitar o diálogo entre os mediados com o objetivo de fazer com que estes cheguem a um acordo benéfico para ambos, e assim, de forma célere, resolvendo o conflito e ao mesmo tempo, ajudando a desafogar o judiciário.

O grande número de processos em tramitação no judiciário demonstra que cada vez menos as pessoas estão dispostas a dialogarem para de fato resolverem seus conflitos, uma vez que ao se deparar com um conflito com o outro, o indivíduo primeiramente pensa em procurar o judiciário para resolver seu conflito, pois as pessoas não estão dispostas a transigir, abrir mão e aceitar o proposto pelo outro, sendo então a sociedade contemporânea marcada pela cultura do litígio, onde as pessoas estão acostumadas a entregar seus litígios a um terceiro para serem resolvidos.

Conforme o entendimento de Cahali (2013, p. 23): “É sabida, por experiência ou conhecimento, a crise em nosso sistema judiciário, decorrente, em boa parte, da morosidade com que tramitamos processos, mesmo constatado o seu elevado custo”.

Assim, transformar processos litigiosos em consensuais é uma tendência a ser seguida visto que, inclusive, juízes, promotores e advogados devem estimular as partes a realizar acordo a qualquer momento antes ou durante o processo. Nessa linha de pensamento leciona Cappelletti; Garth (1988, p. 5):

Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva.

Por essa linha doutrinária o que se defende é a implementação na sociedade dos métodos consensuais para solucionar conflitos, de que hoje o processo jurisdicional não é a única forma de solucionar litígios e deter acesso à justiça. Mesmo por meios extrajudiciais, as pessoas exercem seu direito por meio da autonomia de decisão realizando acordos, dentro dos parâmetros legais, e tendo a possibilidade de homologá-lo judicialmente.

Pode-se dizer então que a Mediação não tem como objetivo primordial o acordo, mas sim a satisfação dos interesses e dos valores daqueles nela envolvidos, resolvendo o conflito pelo diálogo cooperativo, na construção da solução com esforços comuns para



encontrar a melhor forma de restabelecimento do equilíbrio da relação.

É um método que propõe autodeterminação e autonomia dos mediados em resolver seus próprios conflitos através suas próprias escolhas.

Utiliza-se a mediação para conflitos com por exemplo, relações de família, dissolução de empresas, relação de vizinhos, entre outras, por indicação da mediação pressupõe que as partes mediadas possuem uma relação mais intensa.

Assim, a Mediação se mostra como um instrumento eficaz para alcançar a solução dos conflitos, através da busca pelo equilíbrio e harmonia social entre as partes envolvidas, não pela imposição de uma vitória de um em desfavor do outro. Cahali (2013, p. 41) confirma tal entendimento:

O foco da mediação é o conflito e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. E com tratamento as partes, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada.

Desta forma pode-se dizer que a mediação oferece uma diminuição no índice de litígios sendo capaz de provocar mudanças a longo prazo, tanto individuais quanto sociais.

Nesse sentido Spengler; Neto (2013, p.16) ensina que a finalidade do Poder Judiciário deve ser a pacificação social, independente do procedimento escolhido pelas partes, “pois para a resolução dos conflitos no âmbito do que se denomina monopólio jurisdicional, também cabe ao Judiciário incentivar mecanismos e técnicas que mais aproximem o cidadão da verdadeira Justiça”.

O estímulo à sociedade para participar de métodos consensuais de solução de conflitos mostrou ter grande importância, uma vez que os conflitos colocados sob a jurisdição processual são morosos e resolvem apenas a questão legal, ou seja, questões tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já a mediação, como esclarece Silva; Spengler (2013, p.133) “tem o objetivo de atingir a definição de justiça para todos os conflitantes que sozinhos e voluntariamente devem desenvolver uma proposta para dar fim ao conflito em questão”, assim além de solucionar o conflito que seria objeto de um processo judicial, faz isso de forma mais simples, célere e econômica e, ainda, através do diálogo trabalha com questões mais profundas, a fim de restabelecer a paz social e a relação que havia entre os mediados anteriormente ao conflito.

CONCLUSÃO

Em nossa sociedade existe uma cultura do litígio, na qual as pessoas buscam pelo Judiciário para resolver seus conflitos através de uma sentença.

Devido a essa cultura o Judiciário hoje se encontra afogado no grande número de processos em tramitação. Por consequência, devido à grande demanda, os processos demoram mais do que deveriam para serem resolvidos. Isso gera insatisfação e insegurança jurídica naqueles que buscam o Judiciário para solucionar seus conflitos.

A mediação de conflitos é um instituto novo, que adveio com a Lei nº 13.140/2015, sendo ela conceituada como atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, ou seja, a mediação pode ser vista como um instrumento de solução de controvérsias pacífico que tem como objetivo não somente a resolução da controvérsia jurídica, mas também,



preservar as relações existentes anteriormente ao conflito, pois aqui não há adversários.

Ainda, o Código de Processo Civil Brasileiro orienta que os métodos consensuais de solução de conflitos, seja a mediação, a conciliação, a negociação ou a arbitragem, devem ser estimulados pelos auxiliares da justiça a todo tempo.

A mediação é utilizada nos casos em que já havia uma relação entre as partes anteriormente ao conflito, podendo ocorrer judicialmente no curso processual ou extrajudicial, em câmaras privadas de mediação ou em CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA - CEJUSC. Dessa forma, podem ser submetidos à mediação os casos de família, trabalho, locação, conflitos entre vizinhos, compra e venda, etc.

Pode-se ver que assim como os demais métodos, a mediação pode ser uma forte aliada do Poder Judiciário, a ser realizada tanto extra como judicialmente, tem a capacidade de solucionar conflitos com mais celeridade e ainda trabalhar questões mais profundas, a fim de manter a harmonia e a paz social que havia antes do conflito. Importante ressaltar que apesar da mediação ser mais simples e não haver uma regra de como conduzir uma sessão, a mediação é regida por princípios basilares, sejam eles: princípio da independência, da imparcialidade, da isonomia, da oralidade, da informalidade, da busca do consenso, da confidencialidade, da decisão informada e da boa-fé. Tais princípios se aplicam a todos os que estiverem presentes na sessão de mediação e dizem como deve ser a conduta tanto do mediador quanto dos mediados e dos advogados, se houver.

Por conseguinte, apesar de não haver uma regra, a mediação possui fases que podem ser seguidas pelos mediadores, a fim de se obter o bom resultado ao final da sessão e importante esclarecer que o bom resultado, não é apenas o acordo firmado entre as partes, mas proporcionar aos mediados a autonomia para decidir seus conflitos, responsabilizando-os por suas ações e restabelecer a comunicação entre as partes, como já dito, restabelecendo o relacionamento que havia antes. A mediação se inicia com a pré-mediação, que é uma entrevista privada feita com cada um dos mediados para estabelecer uma relação de confiança entre estes e o mediador. Após a pré-mediação, a Primeira etapa é a declaração de abertura, a qual o objetivo é apresentar às partes o processo de mediação, explicando-lhes como ele se desenvolve, quais as regras que deverão ser seguidas, seus princípios basilares e deve explicar brevemente como a mediação se desenvolverá; A Segunda etapa é a exposição de razões pelas partes, onde o mediador solicita que as partes falem sobre o conflito que as levaram até a mediação, cabendo às partes decidir quem será o primeiro a falar, devendo o mediador solicitar que o outro mediado apenas escute. Nesta etapa o mediador deve ouvir com atenção, deixando as partes à vontade para expressar seus sentimentos, contudo, quando o mediado tiver dificuldades na sua fala, o mediador deve estimulá-lo com perguntas e conduzir a mediação facilitando o diálogo entre os mediados e dando a mesma oportunidade de falar para todos; Terceira etapa, o mediador faz um resumo de tudo que lhe foi falado expondo em suas palavras os pontos de convergência, os pontos positivos e criar uma base sólida para a comunicação; Quarta etapa, após as partes ouvirem o que foi dito pelo mediador, começam a dialogar diretamente. O mediador poderá realizar perguntas que facilitem a identificação de interesses comuns, agindo sempre de forma cautelosa para evitar agressões ou discussões. Caso seja necessário, o mediador poderá realizar sessões privadas com cada um dos mediados para obter um melhor resultado; Quinta etapa, com os mediados colaborando nas tomadas de decisões iniciam-se as conclusões, o mediador sintetiza o que foi dialogado induzindo as partes



na busca por uma solução satisfatória e de possível cumprimento e por fim, a Sexta etapa, é redigido o acordo firmado entre os mediados, em uma linguagem de fácil entendimento e que contenha todas as exigências da decisão estabelecida.

O acordo firmado na mediação é um contrato que produzirá efeitos para todos os envolvidos. A Lei nº 13.140/2015 dispõe em seu artigo 20 que o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial e se homologado judicialmente, título executivo judicial.

O mediador pode usar de técnicas para melhor conduzir a sessão de mediação, tais técnicas são: a escuta ativa, pela qual o mediador dá atenção ao que cada um dos mediados têm a dizer, com atenção não somente nas palavras, mas também, nos gestos e expressões corporais, tais como: braços cruzados ou abertos, cabeça caída ou ereta, falta de contato visual ou olhos bem direcionados a quem está falando, a expressão das emoções, as tensões, entre outras; Parafraseando (ou recontextualização), o mediador reformula o que foi dito sem julgar e nem mudar o sentido original, mas com palavras que estruturam a fala e dê ênfase nas palavras que ajudem a organizar as ideias e que ajudem a resolver o conflito; Perguntas abertas, é uma técnica utilizada para facilitar que todos os fatos sejam contados pelas pessoas envolvidas sem um direcionamento ou prejulgamento do mediador; *Brainstorming* (tempestade de ideias) é a técnica que incentiva a criatividade do mediados quando não conseguem, por si, suscitar opções; Caucus, são reuniões privadas como objetivo de ampliar a qualidade do diálogo, buscando informações que talvez a parte não se sinta à vontade para revelar na sessão conjunta e que podem ser questões que estejam inviabilizando a realização de um acordo; Anotações, o mediador deve anotar o que foi discutido, utilizando-se das palavras dos envolvidos.

Conclui-se com base na pesquisa realizada que a mediação extrajudicial é um instrumento cuja importância fica demonstrada devido a grande capacidade de solucionar conflitos e sua celeridade, visto que seu procedimento é mais informal do que processos litigiosos, o que contribui para a busca pelo desafogamento do Judiciário. Ademais, é importante acabar com a cultura do litígio e de deixar que um terceiro decida sobre como será resolvido determinada controvérsia. É preciso que as pessoas entendam que ao estarem dispostas a dialogarem, de assumir suas responsabilidades por seus atos e fazer concessões, elas estarão exercendo sua autonomia para resolver o conflito, sendo possível chegar a um acordo benéfico para todos, solucionar o conflito e manter o vínculo que havia entre as partes. Percebe-se que as pessoas não optam pela realização da mediação extrajudicial, porque não a conhecem de fato e não sabem a validade jurídica que o acordo firmado em uma sessão extrajudicial possui. Por isso é importante que os operadores do direito conheçam a mediação e estimulem os cidadãos a solucionar seus conflitos através dela, uma forma mais célere, mais econômica e por vezes mais eficaz que o Judiciário, pois na mediação as partes têm a autonomia de decidir o que será benéfico para ambos, já no judiciário sempre haverá a cultura de que alguém vai sair ganhando e outro perdendo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Dionara Oliver. **O Marco Legal da Mediação no Brasil e o Mediador Judicial, sua capacitação e formação continuada** – o exemplo do NUPEMEC – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2017. Coleção Mediação, Vol. 2.



ALEM, Fábio Pedro. **Coleção Prática do Direito – Arbitragem**. São Paulo – Saraiva, 2009.

BRASIL, **Lei nº 9.307/196, de 23 de setembro de 1996**. Lei de Arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Distrito Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 10/06/2020.

BRASIL, **Lei nº 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 Artigo 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, Distrito Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 20/06/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em 20/06/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, Distrito Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20/06/2020.

BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, Distrito Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 20/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, Distrito Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20/06/2020.

BRASIL. MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS – MPDFT. AZEVEDO, Andre Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**, 5ª edição (Brasília/Distrito Federal: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), 2016. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/programas_projetos/gase/Manual_de_Mediacao_Judicial_MPDFT_CNJ.pdf. Acesso em 15/06/2020.



CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação e conciliação, resolução CNJ 125/2010 (e retrospectiva emenda de 31 de janeiro de 2013). 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; Conselho Nacional de Justiça, Quero ser um conciliador/mediador. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/quero-ser-um-conciliador-mediador>>. Acesso em 15/06/2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em: <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>>. Acesso em 15/06/2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr.- 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

KAMEL, Antoine Youssef; **Mediação e Arbitragem** – Curitiba. InterSaberes, 2017.

ROSENBLATT, *et al*; **Manual de mediação para Defensoria Pública**. 1. ed. – Brasília, Distrito Federal: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA/FUB, 2014. Disponível em <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Manual-de-Mediacao-para-a-Defensoria-Publica.pdf>>. Acesso em 18/06/2020.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare, um guia prático para mediadores**. 3. Ed. – Rio de Janeiro. GZ Editora, 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes; DAMASCENO, Mara Livia Moreira. **Mediação, suas técnicas e encontro dos conflitos reais: estudo de casos**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. V. 16, nº 16, 2014. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/522>>. Acesso em 18/06/2020.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e Conciliação Judicial**: importância da capacitação e seus desafios. Sequência (Florianópolis), nº 69, dez. 2014. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf>>. Acesso em 18/06/2020.

SCAVONE Junior, Luiz Antonio; **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação– 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, conciliação e arbitragem como métodos Alternativos na solução de conflitos para uma justiça célere e eficaz**. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v. 3, nº 1, 2013. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/3598/2673>>. Acesso em 20/06/2020.

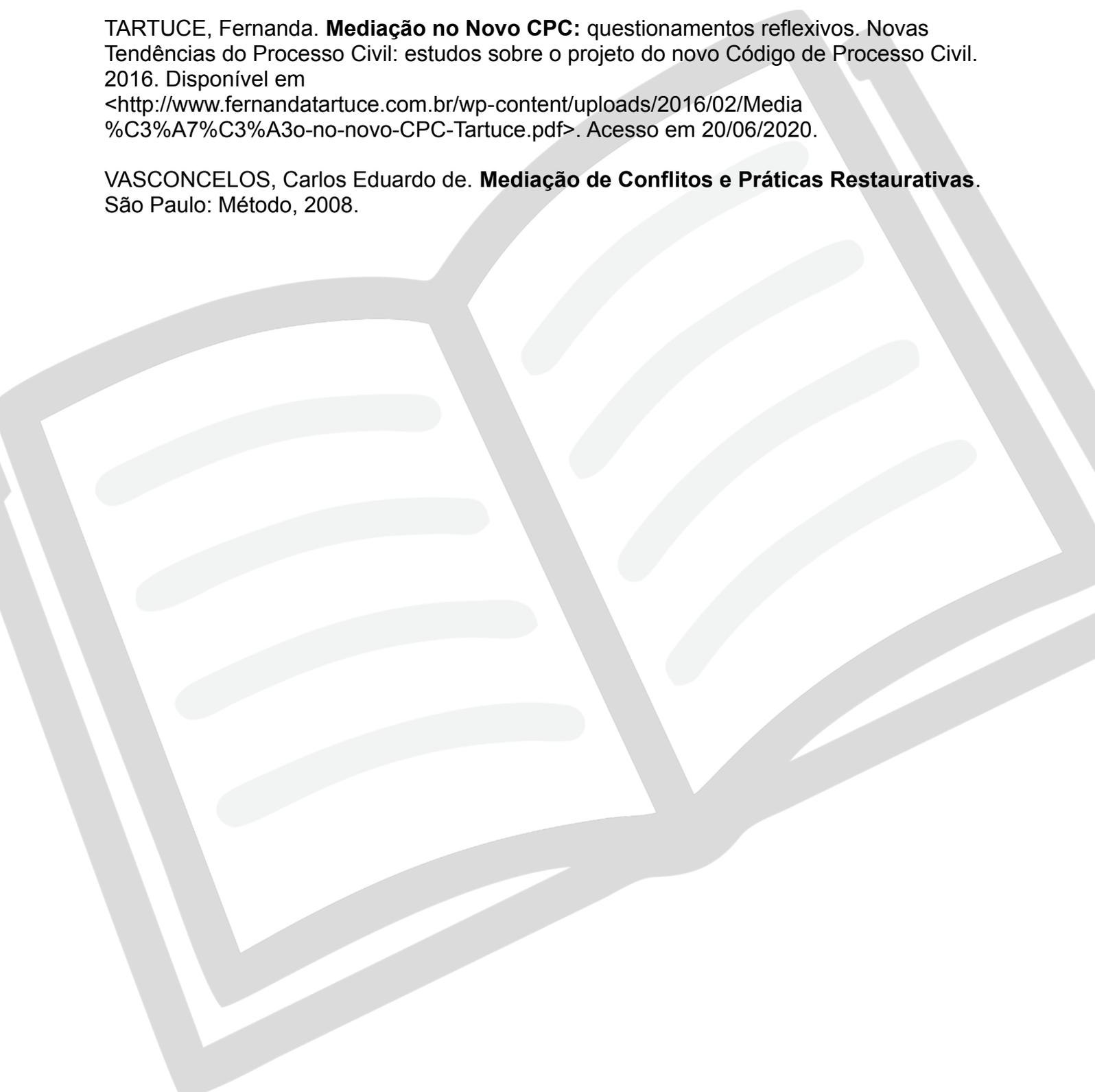
Spengler, Fabiana Marion; Spengler Neto, Theobaldo; **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**; Curitiba: Multideia, 2013.



TARTUCE, Fernanda; **Mediação nos conflitos civis** – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC**: questionamentos reflexivos. Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. 2016. Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em 20/06/2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.





A (IM)POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS CRÉDITOS PREVISTOS NO ART. 49, §3º, DA LEI 11.101/05 NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Gabriela Manarin¹
Giliane Lisboa dos Santos²

Resumo: A Lei 11.101/2005 elenca em seu art. 49, §3º, créditos que serão excluídos da Recuperação Judicial. Nesse sentido, o presente artigo estuda quais são os créditos excluídos e eventual possibilidade de inclusão destes no procedimento. Dessa forma, por meio de análise doutrinária que traz críticas ao texto legal, entende-se pela necessidade de inclusão dos referidos créditos, o que tem sido analisado pela jurisprudência pátria em alguns casos concretos.

Palavras-chave: Lei 11.101/2005. Recuperação Judicial. Créditos Excluídos. Travas Bancárias.

INTRODUÇÃO

O ramo do Direito Falimentar e Recuperacional é a área específica do Direito Empresarial que estuda a empresa em crise. Nesse passo, o Estado procura prevenir crises, recuperar empresas ou liquidar as empresas que não são capazes de recuperação.

A Lei 11.101/2005, que trata da Recuperação Judicial e da Falência do empresário individual e da sociedade empresária, dispõe acerca dos créditos incluídos e dos créditos excluídos dos referidos procedimentos. Acerca do tema, é de suma importância estudar quais são os créditos excluídos da Recuperação Judicial: o proprietário fiduciário, o arrendador mercantil e o proprietário ou promitente vendedor de imóvel.

Assim, por meio de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, procura-se verificar de início os motivos da exclusão dos créditos descritos no art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005. Sob esse prisma, constata-se diversas críticas doutrinárias no sentido de que a exclusão pode provocar prejuízos à empresa, aos demais credores e inclusive acarretar a falência.

Por conseguinte, analisa-se a possibilidade de inclusão dos créditos no procedimento judicial, verificando-se diversas construções jurisprudenciais na tentativa de atender ao princípio da preservação da empresa.

1. OS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário individual e da sociedade empresária. Complementa Bezerra Filho (2011) que, após a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) pela Lei 12.411/2011, esta também está sujeita ao regime falimentar e recuperacional.

Por outro lado, segundo determinação expressa do art. 2º, a Lei não se aplica a empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Em análise exclusiva a respeito da Recuperação Judicial, o art. 47 disciplina:

1. Acadêmica do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville. E-mail: manaringabriela@gmail.com.

2. Acadêmica do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville. E-mail: giliane.lisboa@gmail.com.



A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Sobre o artigo supratranscrito, Ramos (2015) aponta que a finalidade da lei é permitir a recuperação das empresas em crise com fulcro na função social da empresa e no princípio da preservação. No entanto, ressalta que a recuperação judicial é um meio que só pode ser utilizado quando constatada a viabilidade empresarial e a possibilidade de superação da crise.

Em análise à legislação, Carvalho (2017, pp. 89-90) leciona:

Tem por objetivo viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. [...] Em síntese, a recuperação judicial é tida como solução para as empresas em situação de crise, uma vez que permite a reorganização do caixa da empresa, favorecendo a que ela cumpra a sua função social, sem deixar de observar os interesses dos credores.

Sobre a incidência da legislação, em se tratando da Recuperação Judicial, o art. 49 estabelece que ficarão sujeitos à recuperação judicial os créditos vencidos e os créditos vincendos. Conforme Carvalho (2017, p. 95), “restam, portanto, excluídos os créditos constituídos após o pedido de recuperação judicial, os quais, por sua vez, serão extraconcursais”.

Lado outro, o art. 5º da referida lei estabelece os créditos inexigíveis, ou seja, que não se sujeitam ao processo, quais sejam: as obrigações a título gratuito e as despesas dos credores para tomarem parte na recuperação judicial ou na falência, excluídas dessa hipótese as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor. Insta ressaltar que não houve previsão na legislação atual das dívidas relativas a prestações alimentícias e as penas pecuniárias por infrações penais e administrativas, o que era expressamente previsto no Decreto-Lei 7.661/45 (CARVALHO, 2017).

De mesmo norte, também não se sujeitarão à recuperação judicial em razão de expressa disposição legal a respeito, os créditos tributários, nos termos do art. 187 do Código Tributário Nacional, o qual disciplina que:

A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

- I - União;
- II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;
- III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

Sobre a inexigibilidade, leciona Sabag (2017, p. 61):

Pode-se afirmar que o credor civil fica impedido de prosseguir na execução do devedor insolvente com a Fazenda Pública. Assim, não haverá necessidade de habilitação dos créditos da Fazenda Pública nos casos de “concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, inventário ou arrolamento”.



No mais, ainda são excluídos da Recuperação Judicial os créditos descritos no art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, os quais serão objeto de estudo com maior profundidade. Dessa forma, em primeiro lugar procura-se compreender quais são estes créditos e qual a finalidade da sua exclusão, com o objetivo de posteriormente verificar a viabilidade de incluí-los no procedimento.

2. OS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS PERTINENTES

O art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005, estabelece, *in verbis*:

Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Inicialmente, importante ressaltar que os referidos créditos são chamados pela doutrina de “travas bancárias” uma vez que inviabilizam a recuperação e travam cumprimento do plano de recuperação (MENDES, 2011). Ramos (2015) analisa que tratam-se de créditos bancários, os quais receberam privilégios da legislação para não se submeter aos efeitos da recuperação. Dessa forma, leciona o autor que a finalidade foi conceder maior segurança ao crédito bancário brasileiro, buscando a consequente diminuição dos juros dessas operações.

Com efeito, Ulhoa Coelho (2009) aponta como consequências da exclusão a dispensa de habilitação na relação de credores, a não participação na assembleia, a possibilidade de prosseguimento da execução e a inalterabilidade dos contratos pelo plano de recuperação.

Inicialmente, quanto aos credores proprietários, Tomazette (2012) leciona que são excluídos pela falta de interesse quanto à realização de negociações, no entanto, ressalta que essa previsão limita a eficácia da recuperação judicial, pois grande número de credores podem se encaixar nessas características. O autor supracitado explica ainda que, por essa razão, é chamada de trava bancária, uma vez que beneficia especialmente os bancos e expressa seu entendimento no sentido de que essa distinção viola o princípio da preservação da empresa.

Além disso, Tomazette (2012) discorre sobre conceitos e características sobre a alienação fiduciária em garantia, o arrendador mercantil, o proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, o proprietário ou promitente vendedor de imóveis e o credor de adiantamento de contrato de câmbio.

Quanto aos créditos de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, Tomazette (2012, p. 72) explica que:

a alienação fiduciária em garantia ocorre quando o devedor transmite ao credor a propriedade de um bem sob a condição resolutiva do pagamento da obrigação garantida, reservando-se a posse direta. Em outras palavras, o devedor aliena para o credor um bem, que ele adquiriu ou que já constava do seu patrimônio, em garantia de determinada obrigação. Caso a obrigação seja paga, a propriedade plena retornará ao devedor. Caso a obrigação não seja paga, o credor poderá



fazer recair os seus direitos sobre o bem, dado em garantia, que está na sua propriedade.

Nesse sentido, Ramos (2015, p. 752) leciona que:

É aqui que surge o problema da 'trava bancária': se essa empresa devedora pedir recuperação judicial, os recebíveis dados em garantia (créditos futuros que ela receberia) estarão com o banco credor, o que faz com que eles 'travem' a recuperação, já que muitas vezes esses recebíveis correspondem à boa parte do que a empresa devedora tem para receber.

No entanto, em que pese a referida crítica, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu em diversas ocasiões sobre a exclusão do crédito com garantia fiduciária do plano de recuperação. A esse respeito, destaca-se REsp 1201918/SP, REsp 1263500/ES, AgRg no REsp 1.326.851/MT, AgRg no CC 124.489/MG, os quais seguem o mesmo entendimento do julgado a seguir colacionado:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE AÇÚCAR PARA EXPORTAÇÃO. **GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE IMÓVEIS RURAIS. EXECUÇÃO. CRÉDITO EXCLUÍDO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/2005.** 1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária. 2. Hipótese em que os imóveis rurais sobre os quais recai a garantia não são utilizados como sede da unidade produtiva, não se tratando de bens de capital imprescindíveis à atividade empresarial das devedoras em recuperação judicial, tanto que destinados à venda no plano de recuperação aprovado. 3. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo para prosseguimento da execução. (BRASIL, 2014) (grifou-se)

Segue o mesmo entendimento ainda o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO AO CRÉDITO. DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO. INSURGÊNCIA DA IMPUGNANTE. PRETENSA INCLUSÃO DOS CRÉDITOS NO ROL DE CREDORES. CRÉDITOS ORIUNDOS DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA QUE, EM REGRA, NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ART. 49, §3º, DA LEI N. 11.101/05). GARANTIA PREVISTA NA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CESSÃO DE DIREITO FUTURO. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA COISA CEDIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 10.931/04. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS SOBRE TÍTULO DE CRÉDITO QUE SE ADMITE. EXEGESE DO ARTIGO 66-B, DA LEI N. 4.728/65. CRÉDITO QUE NÃO SE SUJEITA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO EM FAVOR DO PROCURADOR DO AGRAVADO, COM FULCRO NO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL, 2017).

Ademais, quanto ao arrendador mercantil, ou credor do *leasing*, elucida-se como sendo aquele em que:

“uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o



contrato, mediante o pagamento de um preço residual”. (MARTINS *apud* TOMAZETTE, 2012, p. 73)

Já o proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, é um caso em que há “uma compra e venda de coisa móvel, em que se subordina a efetiva transferência da posse direta do bem, mas a transferência da propriedade fica sujeita a uma condição suspensiva” (GAGLIANO *apud* TOMAZETTE, 2012, p. 74). Quanto ao proprietário ou promitente vendedor de imóveis, é “o credor dos contratos de compra e venda de imóveis e de promessa de compra e venda de imóveis, desde que haja cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias” (TOMAZETTE, 2012, p. 75).

Outrossim, o credor de adiantamento de contrato de câmbio se trata da hipótese na qual há entrega da moeda nacional antes do recebimento da moeda estrangeira e complementa que a previsão legal traz segurança ao credor desses contratos, que não estará sujeito ao trâmite da recuperação ou da falência. (TOMAZETTE, 2012)

Sobre o assunto, segue a determinação legal o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADIANTAMENTO A CONTRATO DE CÂMBIO - ACC. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ARTS. 47 e 49, § 4º, DA LEI Nº 11.101/05. 1. As execuções de títulos de adiantamento a contrato de câmbio - ACC não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05). Precedentes. 2. Sem declaração de inconstitucionalidade, as regras da Lei nº 11.101/05 sobre as quais não existem dúvidas quanto às hipóteses de aplicação, não podem ser afastadas a pretexto de se preservar a empresa. 3. Recurso especial provido. (BRASIL, 2013)

Após análise detalhada das espécies excluídas da recuperação judicial, Bezerra Filho (2011) destaca que essa disposição fez com que a lei fosse conhecida como “lei de recuperação do crédito bancário”, já que os bens que forem objeto de alienação fiduciária, arrendamento ou reserva de domínio não estarão englobados pela recuperação. Assim, o autor critica o fato de que a recuperação possuirá dificuldades se maquinários, veículos ou ferramentas que a empresa utiliza na sua atividade empresarial forem retirados.

É entendimento de Junior e Pitombo (2007, p. 229), que:

O § 3.º ao art. 49 contempla a peculiaridade de certos contratos, especificamente aqueles nos quais haja cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade. Em tais casos, o que se estipula é que nenhuma das partes possa, unilateralmente, resiliir do negócio, exceto se ocorrerem as hipóteses expressamente previstas no instrumento contratual. Tais cláusulas podem ser entendidas como espécie de garantia dos contratantes contra eventos futuros, alguns até mesmo previsíveis, que, criando condições para comportamentos oportunistas, impoariam à outra parte, perdas ligadas a custo de oportunidade.

Por outra ótica, ao se tratar dos casos anteriormente mencionados, Tomazette (2012) explica que, para que seja viabilizada a preservação da empresa, os credores não podem retirar do estabelecimento bens necessários para o exercício da atividade do devedor após 180 dias do deferimento do processamento do pedido de recuperação. Assim, afirma que os credores estão protegidos e não se correrá o risco de inviabilização da recuperação judicial da empresa.

No mais, conforme entendimento de Carvalho (2017, p. 109), que afirma que “conforme entendimento pacificado da doutrina e jurisprudência, cabe ao juízo da



recuperação judicial verificar a essencialidade dos bens para a atividade empresarial da recuperanda”.

Nesse sentido, o próprio Superior Tribunal de Justiça excepciona a regra do art. 49, §3º, da lei 11.101/05 quando os bens afetados em garantia são essenciais ao exercício da atividade empresarial. A respeito, colaciona-se o seguinte julgado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL. ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. BEM NA POSSE DO DEVEDOR. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. 1. Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal n. 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. 2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados. 3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante "bem necessário à atividade produtiva do réu" (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 02/12/2002). 4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária. [...] (BRASIL, 2011)

No mais, registra-se que seguem o mesmo entendimento os julgados sob os números CC 105.315/PE, CC 119.337/MG e AgRg no CC 124.795/GO.

Entretanto, surge crítica a respeito do prazo de 180 dias para a retirada dos bens objeto do contrato do estabelecimento do devedor, sendo destacado que é “extremamente exíguo, insuficiente para qualquer superação de crise que tenha atingido o pedido de recuperação” (BEZERRA FILHO, 2011, p. 139).

Por conseguinte, é clarividente que grande parte da doutrina traz críticas à exclusão prevista em lei. No mais, é possível constatar que em diversos casos o entendimento dos magistrados foi utilizando interpretação meramente literal. No entanto, é patente salientar que, conforme será estudado, surgiram diversos julgados com entendimento no sentido da inclusão dos créditos.

3. A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS CRÉDITOS PREVISTOS NO ART. 49, §3º, NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Diante das críticas doutrinárias levantadas quanto à chamada “trava bancária”, no sentido de que esta pode provocar a inviabilização da recuperação judicial, surgem alguns julgados acerca da inclusão dos créditos previstos no art. 49, §3º, nos processos em curso.



Como exemplo, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo possui entendimento segundo o qual é possível a inclusão desde que haja anuência do credor excluído e ausência de impugnação dos demais credores:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA - PRETENSÃO À ANULAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES QUE FUNDAMENTOU A QUEBRA - CREDOR COM GARANTIA REAL QUE PARTICIPOU E VOTOU NA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES - POSSIBILIDADE - Os credores com garantia real não terão direito de voto, bem como não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial (arts. 39, § 1º e 49, § 3º, da Lei 11.101/05) - Contudo, a Lei de Recuperação e Falências, ao mencionar que tais créditos não se submetem à recuperação judicial, não vedou a sua inclusão no plano apresentado pelo devedor, desde que haja anuência desse credor, a ausência de qualquer impugnação dos demais credores ou manifestação contrária da empresa recuperanda - Em razão destas ausências de impugnações os créditos poderão ser incluídos na recuperação e, conseqüentemente, poderão seus titulares participar da assembleia geral com direito a voto. Recurso não provido. (BRASIL, 2012)

Há ainda inúmeros outros julgados que procuram limitar a trava bancária com posicionamentos diversos, como o Agravo de Instrumento n. 1.0079.09.94688-5/002 do TJMG e o Agravo Regimental n. 7.332.892-8 do TJSP. Destaca-se ainda o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo no julgado abaixo colacionado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que liberou 'trava bancária' em relação a recebíveis objeto de cessão fiduciária de crédito. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito). Direitos de crédito (recebíveis) tem a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Ausência do registro que implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação. Agravo improvido com revogação da liminar suspensiva. (BRASIL, 2010)

Em análise ao julgado supra, Mendes (2011, p. 3) constata que:

[...] podemos extrair uma sensível, e ainda embrionária, tendência jurisprudencial do tribunal paulista relativizar o uso das 'travas bancárias' em prol da preservação da sociedade empresária em fase de recuperação judicial, como forma de proteção à sua função social.

Nesse toar, imprescindível é o pensamento de Carvalho (2017, p. 112), segundo o qual “não se pode olvidar que o principal objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da crise financeira da empresa, o que atende aos interesses da atividade econômica, dos empregados e do mercado consumidor”.

Por conseguinte, Faustino (2017) analisa quatro consequências negativas decorrentes da trava bancária: viola os princípios da preservação da empresa, da sociedade e empresário recuperáveis e da proteção aos trabalhadores; pode gerar a falência da empresa uma vez que boa parte dos débitos já estão garantidos; traz risco aos credores desprivilegiados; e condena a sociedade a perder boa parte de suas riquezas.

O autor supracitado (FAUSTINO, 2017) ainda aponta que os prejuízos sociais trazidos pela norma acarretam a supremacia do interesse privado sob o interesse público,



a qual é legitimada pelo Poder Legislativo ao elaborar a norma e pelo Poder Judiciário ao interpretá-la de forma exclusivamente legalista.

Destaca-se ainda a brilhante lição de Faustino (2017, p. 22):

Sendo assim, é de inteira responsabilidade dos operadores do direito, que façam o manuseio do instituto através de estudos multidisciplinares, que envolvam economia, planejamento estratégico, finanças, dentre outras disciplinas que no tocante ao instituto da recuperação judicial são tão importantes quanto o dispositivo legal propriamente dito, pois muitas vezes o instituto não resulta os efeitos esperados pelo despreparo de seus operadores, que extremamente legalistas, acabam por menosprezar outras ciências pertinentes ao instituto.

Desse modo, evidencia-se que a crítica levantada pela doutrina pátria possui como alvo o texto legal, de modo que a jurisprudência identifica as peculiaridades concretas capazes de excepcionar a exegese normativa. Contudo, há que se ressaltar que tal excepcionalidade vai muito além de suposto ativismo judicial, com o fim de adequar o procedimento aos princípios norteadores da recuperação judicial como, por exemplo, o princípio basilar da preservação da empresa.

CONCLUSÃO

Desde o início ressalta-se que o Direito Falimentar e Recuperacional busca prevenir crises, recuperar empresas ou, em último caso, liquidar as empresas que não são capazes de recuperação. Ao adentrar no estudo específico da Recuperação Judicial, no entanto, verifica-se que diversos créditos são excluídos ou inexigíveis por determinação expressa da legislação vigente.

Embora a exegese normativa aponte para a absoluta exclusão da recuperação judicial dos créditos previstos no art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005, há que se estudar as críticas doutrinárias que impulsionam a jurisprudência pátria a encontrar exceções à regra, com a finalidade de atender ao princípio da preservação da empresa em crise.

Com a temática apresentada, entende-se que deve ser discutida com maior ênfase a possibilidade de inclusão e prosseguimento dos créditos elencados no art. 49, §3º, da Lei 11.101/05 no procedimento da Recuperação Judicial. Isso porque a não sujeição dos créditos elencados ao plano de recuperação atenta aos princípios do Direito Recuperacional e Falimentar e pode provocar graves prejuízos para a empresa e para os demais credores, podendo inviabilizar a Recuperação Judicial e inclusive acarretar a Falência de empresa até então viável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 4014341-27.2017.8.24.0000**. Município de Blumenau. Relator: Desembargadora Soraya Nunes Lins. Quinta Câmara de Direito Comercial. Florianópolis, SC, 06 de setembro de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 0271197-17.2012.8.26.0000**. Município de Cajamar. Relator: Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 20/05/2013; Data de Registro: 03/06/2013.



BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 653.329.4/3-00**. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do julgamento: 15.12.2009. Data do registro: 14.01.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC: 131656 PE 2013/0400797-6**, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 8/10/2014, S2 – Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 20/10/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1279525/PA**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **CC 110.392/SP**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 22/03/2011

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Luiz Eduardo Vacção da Silva. **Comentários à Lei 11.101/05: recuperação empresarial e falência**. Curitiba: OABPR, 2017. Coleção Comissões, v. 25).

COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária. **Revista do Advogado**. n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

FAUSTINO, Flávio Aquino. **AS “TRAVAS BANCÁRIAS” COMO PRINCIPAIS EMPECILHOS À EFETIVA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR EMPRESÁRIO NA LEI 11.101/05**. 2017. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Bacharelado em Direito, Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ascs.edu.br/handle/123456789/1153>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

JUNIOR, Francisco Satiro de Souza; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005. **Lei de Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>.

Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias. **Biblioteca Digital Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, p. 1-4, 2011. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8461>>. Acesso em: 06 jan. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5. Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.



SABBAG, Eduardo. **Prática Tributária**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.





ENSAIO SOBRE O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: SUA EFETIVIDADE E A SÍNDROME DA CONDIÇÃO PERIFÉRICA

Haroldo Alves de Lima¹
Ricardo Alves de Lima²

Resumo: O presente texto consiste em analisar o pensamento constitucional brasileiro e suas nuances relacionadas à condição de um país distante do centrismo teórico europeu onde a condição de país periférico atribuída ao Brasil resultou na construção de poucos conhecimentos filosóficos, políticos e constitucionais, pela existência de grandes pensadores ou intelectuais que de certa forma optassem por abandonar ideias e teorias importadas de outras culturas e fora do contexto de nossa realidade jurídico-cultural-social, e que ousassem buscar a nossa história, e em nossas raízes, apesar da nossa cultura ser demasiadamente jovem em relação às demais, os fundamentos para fortalecer o pensamento constitucional brasileiro em vista do esboço de uma teoria genuína.

Palavras-chave: Constituição. Pensamento constitucional. Centrismo. Periférico. Efetividade.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo realizar uma análise sobre a construção do pensamento constitucional brasileiro, demonstrando as principais opiniões de doutrinadores brasileiros que acabam por influenciar sua melhor compreensão, e que participam da discussão no cenário jurídico sobre a existência ou não de um pensamento constitucional consolidado, quiçá em construção.

Considerável tratar do tema passado pouco mais de três décadas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em artigo jurídico do ministro Barroso (2017, p. 4-5) verifica-se a importância da asserção e do sentimento constitucional que depois de 1988 vem tomando cada vez mais força, buscando confluências necessárias,

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Nesta senda de pensamento que considera uma evolução de sentidos da Carta Cidadã e seu irradiamento à todo o ordenamento jurídico nacional, e seus reflexos positivos na sociedade brasileira, para Lynch e Mendonça (2017, p. 974-1007) *“desde o final dos anos noventa, o direito constitucional brasileiro foi objeto de extraordinária ascensão, tendo desbancado a hegemonia da processualística e do direito civil”*.

1. Advogado. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Veiga de Almeida/RJ e pela UNIFACVEST, de Lages/SC. E-mail: haroldoalvesdelima@gmail.com.

2. Advogado. Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP (2019/atual) com orientação do Prof. Dr. Luiz Regis Prado. E-mail: ricardo@pedroalvesdelima.com.br



Assim, não podemos deixar de lado o atual estágio do Direito Civil Constitucional, que de forma progressista, busca nortear horizontalmente os direitos fundamentais aplicados às relações de direito privado. Para Lima e Moraes (2020),

A verticalização e a atual expansão conceitual trazida pela teoria da horizontalização³ dos direitos fundamentais nas relações privadas, como marco da vertente do direito civil constitucional, ou como ensina Flávio Tartuce⁴ “uma análise em mão dupla” dos conceitos e princípios constitucionais aplicados no direito privado, demonstram, sobretudo, o atual estágio da própria evolução do sentido que reveste o instituto da responsabilidade civil.

Já defendia Barbosa (1999, p. 37) que na Constituição “*a mão que ele não via na sua república e em sua época, a mão sustentadora das leis, aí temos, hoje, criada, e tão grande, que nada lhe iguala a majestade, nada lhe rivaliza o poder*”. E, reafirma o jurista que “*entre as leis, aqui, entre as leis ordinárias e a lei das leis, é a justiça quem decide, fulminando aquelas, quando com esta colidirem*”.

Nossa Constituição não é apenas um amontoado de palavras e de artigos expressos em folhas de papel. Para Lassalle (2009, p. 21-22) a Constituição seria um produto que advém da realidade social, da força de um país. Assim, doutrina que essa é uma “*força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são*”.

É, sim, a aspiração de um povo pela preservação de seus direitos fundamentais que balizam a convivência justa e pacífica na base de uma sociedade sólida e consistente, fundada num verdadeiro estado de direitos.⁵

A essência constitucionalista desprende-se de um arcabouço de teses jurídicas, de pensamentos filosóficos e políticos, construído ao longo do tempo de toda a civilização, que ora empresta de forma integrada os sentidos às garantias dos cidadãos, lançando os fundamentos de uma nação justa e equilibrada.

O direito constitucional é um direito vivo, que se amolda à cultura do povo, às mudanças de pensamento, às novas necessidades, e, sobretudo, ao fortalecimento dos direitos e garantias individuais.

Está integrado aos tratados internacionais, ao respeito dos direitos humanos e dos valores mais fundamentais que mantêm a sociedade em busca de constante evolução daquilo que é primário para a sua própria preservação.

1. PANORAMA GERAL DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Muito se tem discutido no Brasil, como país periférico que lhe intitulam, se possuímos ou não um pensamento constitucional genuíno, ou, se simplesmente, usurpamo-nos de teorias constitucionais prolatadas nos países ditos cêntricos.

3. SARMENTO, 2004.

4. TARTUCE, 2018, p. 93 e ss.

5. “A constituição há muito deixou de ser entendida como mero documento de belas e boas intenções políticas; carta de exortações morais aos poderes públicos; apostila de recomendações aos gestores da coisa pública; epístola de aspirações realizáveis ao sabor das contingências do momento político, e do fígado dos ocupantes temporais do poder. Há muito morreu a ideia de carta política sem força de direito. Também, a ideia da Constituição como um instrumento de governo, insensível às políticas públicas sociais, e só envolvida com a proteção da liberdade individual e as garantias de cada indivíduo, já se tornou opinião da história das ideias político-constitucionais do limiar do século passado”. ESPINDOLA, 2019. p. 145-146.



E, por tal sentido, tais teorias acabam sendo importadas por juristas e doutrinadores que, tomados pelo sentimento de inferioridade que sempre assolou-nos em outros campos do conhecimento - como um adjetivo intrínseco perpetuamente impregnado -, se propõem apenas a repetir ideias e pensamentos, como se tivéssemos abdicados de uma identidade própria.

Nas palavras de Lynch (2013, p. 758) se encontra de forma explícita está essa condição, por muito perversa e desqualificadora:

Não há como desvincular o estudo da história do pensamento brasileiro da visão de mundo daqueles que o produziram, de acordo com a qual o Brasil se achava na periferia do mundo “civilizado”. Assim é que, nela, o emprego da palavra “pensamento” no lugar de “teoria”, para designar os seus produtos intelectuais, parece já embutir o reconhecimento da sua inferioridade. Havia implícita uma espécie de divisão do trabalho intelectual: os países cêntricos produziram a “teoria”, ou a “ciência”, ou a “filosofia”, ou seja, reflexões de alcance “universal” e, portanto, mais densas, mais abstratas, mais generalizantes, ao passo que os países periféricos produziram somente “pensamento”, reflexões de alcance puramente particular ou local, de caráter menos abrangente e contingente, orientado para a ação prática. Quem produzia teoria era um autor, isto é, um especialista, um acadêmico, um cientista. Quem produzia pensamento, ao contrário, era um ator, voltado para a aplicação da teoria para um contexto mais circunscrito no tempo e no espaço. O pensamento se caracterizaria pela aplicação prática, por parte dos atores dos países periféricos, à sua realidade política específica, concreta e particular, da teoria político-social produzida por autores que, instalados nos países cêntricos, elaborariam uma reflexão dotada de um nível maior de abstração e uma pretensão de validade universal.

Bonavides (2000, p. 156) nos traz, de uma forma clara e sucinta, como essa condição de inferioridade refletiu para que debatêssemos sobre ideias importadas, ou que não refletissem uma evolução social, mas, infelizmente, fundadas na escassez de direitos, no autoritarismo e na indiferença. Assim, para o autor, acaba passando longe de uma teoria brasileira,

O constitucionalismo europeu teve por premissa de luta e contradição o absolutismo de uma sociedade já organizada e estruturada, a saber, a sociedade feudal do *ancien régime*. Tinha história e tradição. Tinha riqueza e cultura. Tinha profundas raízes espirituais. O nosso constitucionalismo, ao revés, levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios e as taras, e ao mesmo passo, em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e todavia foram para nós contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial.

Para Barroso (2017, p. 11) pelo fato de nossa Constituição Federal ser recente em relação a países que há muito consolidaram seu direito constitucional (mesmo que ajustes tem sido necessários com a própria evolução social), a doutrina e a jurisprudência ainda não passaram da fase da juventude e muito ainda há para se consolidar:

No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e



a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.

Será possível uma teoria brasileira de direito constitucional, na qual deve-se colocar em primeiro lugar a realidade brasileira, seja social, econômica, política, cultural e histórica?

Deve-se observar os acertos e desencontros na interpretação jurídica em países já consolidados e realizar uma ponderação quando da aplicação em solo brasileiro. Silva (2005, p. 116) sustenta esse caminho, desde que se lembre que:

A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira. Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos.⁶

Em suma, buscar alocar esta premente necessidade de consolidar o pensamento constitucional brasileiro de uma forma não estanque, e, sobretudo, permeada por um direito sopesado nos fatos históricos e nas teorias que o conceberam.

Precisamos sopesar a jurisprudência e o contexto de suas fundamentações, entender e buscar sua utilidade para dirimir os conflitos e as suas contradições jurídicas, levando-se em consideração seus princípios norteadores.

Somente, com a compreensão de sua efetividade, e do alcance de suas preposições, poderemos, assim, chegar a um esboço de uma teoria constitucional brasileira.

2. POR UMA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Muito se tem discutido se seria possível se consolidar uma teoria constitucional originalmente brasileira, ou que ao menos não fosse integralmente recheada de ideias providas de um modelo cêntrico, afastado de nossa realidade, e que por muito fica desencaixado de nosso ordenamento jurídico.

O Brasil, desde sua origem, não foi colonizado, mas, sempre explorado em todas as suas vertentes, situação fática esta que nos fez adotar teorias alienígenas ao direito brasileiro, e olhar para os resultados da interpretação jurídica com o mesmo olhar que é sustentado nos países de onde tais teorias se originam. Percebe-se que ao iniciamos, começamos de trás para frente. Neste sentido, para Guasque (2018, p. 189):

A primeira carta, ou a lei primeira, ou o primeiro documento organizador do Brasil não foi uma constituição, mas um regimento. O Regimento de Tomé de Souza foi *avant la lettre*, nossa primeira “constituição”. Outorgada de cima para baixo,

6. No vislumbre de termos um pensamento constitucional totalmente importado de culturas tão diversas da brasileira, ainda para o autor, “não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis”.



determinando, desde então, tudo o que uma moderna constituição tem. Ou deveria ter.

Por muito tempo se valorizou a cultura distante, e o estrangeirismo exacerbado. Barroso e Barcellos (2003, p. 2) discorrem sobre o dilema e sua causa:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

Mas, como chegar a um modelo teórico que realmente nos abstraia da esteira do pensamento singular de direito constitucional e que faça emergir um melhor delineamento de nossa cultura constitucional? Como se constrói uma teoria constitucional num país periférico? Pergunta essa de difícil resposta, mas de necessária interpretação.

Lynch (2013, p. 759-760) faz uma reflexão onde discorre sobre o pensamento político brasileiro, o qual em seu entender, se compatibiliza, perfeitamente, ao pensamento constitucional brasileiro,

O processo de superação da “condição periférica”, ao menos no que diz respeito à avaliação do pensamento político-social brasileiro, sofreria uma primeira importante inflexão na década de 1970, com a pesquisa de Wanderley Guilherme e o debate sobre o pensamento autoritário brasileiro; e uma segunda, nos últimos quinze anos, ao longo dos quais erodiram muitos dos pressupostos porque se justificara, no passado, a crença da inserção subalterna da nossa cultura no quadro mundial. Para tanto, contribuíram a denúncia das concepções culturais etnocêntricas vigentes na nossa sociedade desde a segunda metade da década de 1980 e a própria crise do eurocentrismo, agravada nos últimos anos pela estagnação econômica daquele continente e sua decadência relativa frente aos novos poderes emergentes oriundos de sua antiga periferia – entre os quais o próprio Brasil. Por fim, com a crise do marxismo soviético, esgotou-se a própria filosofia da história. Hoje, raros são os estudiosos brasileiros que ainda têm a coragem de proclamar - em público, ao menos – a inutilidade do estudo do pensamento nacional em razão de sua “inferioridade”. Mas essa reorientação parece ter ocorrido antes de modo intuitivo do que em função de uma crítica adequada à matriz anterior.

Seguramente, refletido sobre a proposta do autor, vemos que os primeiros passos para que seja possível uma teoria constitucional brasileira, devem encontrar estrutura, e se desvencilhar dos antigos conceitos e das ideias presas ou amarradas em concepções advindas de um país periférico. Para Pochmann (2017), é uma realidade que assombra o Brasil há muito tempo:

Sem ter registrado o mesmo desempenho observado nas economias centrais, no Brasil apresentou ao longo do século passado uma trajetória não desprezível de evolução de seu sistema de proteção social. De acordo com características específicas de um país periférico, avançou-se em várias medidas de proteção social, sem, contudo, romper com a natureza da exclusão social



Esta insígnia do periférico é amplamente dependente e influenciada por histórias, fatos e a política que são originais de outros países. Contudo, se enraízam de tal forma que acreditamos ser verdadeiramente nossas. Para Continentino (2013),

De fato, direito e história têm uma relação íntima, mas pouco tematizada no âmbito da práxis judicial e política. Como a história poderia ajudar o Direito? Qual o papel que a história deveria exercer na argumentação jurídica? Quais são os usos da história de que o Direito poderia legitimamente se valer? A história deveria ter um peso determinante no conteúdo de uma decisão jurídica/judicial ou política/legislativa?

Na visão de Pereira (2017) apenas uma teoria constitucional que leve a sério as especificidades históricas, políticas e institucionais brasileiras, conjugando teoria política, ciência política, história e direito, pode responder adequadamente essas perguntas. O direito é fruto de evolução social, existe uma historicidade do direito a ser reconhecida, existindo modos fixos que se repetem e isso ajuda a interpretar o presente. E, como alerta Noll (2008, p. 3):

De igual modo, parece-nos extremamente importante sublinhar que a proteção constitucionalmente outorgada aos direitos adquiridos não deve assumir uma dimensão que imobilize totalmente o sistema normativo diante das transformações na estrutura social que lhe é subjacente. Tal enriquecimento exacerbado é particularmente danoso no tocante à renovação das normas constitucionais, podendo importar em autêntica esclerose dos condutos normativos vigentes, ameaçando de morte o complexo jurídico-constitucional que os alberga, com graves riscos à sobrevivência da democracia.

Há a necessidade da construção da constitucionalidade⁷ efetiva⁸, para assim emergir um verdadeiro direito constitucional, e se afastar da concepção de inefetividade constitucional que somente serve para aqueles que discursam a necessidade de se passar uma tábua rasa de uma complexa realidade.

Precisamos nos distanciar, mas sem romper com o passado e iniciar a história constitucional do zero, afastando-se o posicionamento defendido por alguns juristas que desde 1988, tendem a justificar a não existência de um direito constitucional brasileiro.

Para Barcellos e Barroso (2003, p. 1) antes de 1988 tínhamos uma pré-história constitucional⁹ e pelo nosso compreender seria o único jeito de iniciarmos uma história constitucional exclusiva brasileira, sem as influências do passado, fundadas em ideias, ativismos, conjecturas, tradições e culturas, dentre outros fatores, que nunca fizeram parte de nossa origem, mas infladas, principalmente, pela falta de doutrinadores que

7. "A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social". BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 46.

8. "Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelado". BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 33.

9. Ainda, para os autores, a Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente. BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 3.



colocassem em primeira questão se ideias, os conceitos, as teorias e os pensamentos se encaixavam em nossas raízes.¹⁰

Em análise, sem a observância do princípio da efetividade em nossa constituição, nunca haverá uma teoria constitucional, ou um verdadeiro constitucionalismo brasileiro.

Há a presente necessidade de que os intérpretes se aproximem das raízes e da nossa cultura que se encontra recheada de historicidade de mais de 500 anos, colocando em segundo plano o estrangeirismo que tomou conta dos nossos entendimentos e interpretações.

Para Lynch e Mendonça (2017, p. 978-979), a *“história constitucional também ainda teria algo a dizer do ponto de vista hermenêutico, a distância crescente das constituições, em relação ao tempo de sua edição, e a complexidade de sociedades, cada vez mais plurais, enfraqueceram a vontade constituinte como fórmula de interpretação.”* E, ainda, de acordo com Zagrebelsky (*apud* Lynch; Mendonça, 2017, p. 979),

As constituições do nosso tempo miram o futuro mantendo firme o passado, isto é, o patrimônio da experiência histórico constitucional que querem salvaguardar e enriquecer. (...). Passado e futuro se ligam em uma única linha e, assim como os valores do passado orientam a busca do futuro, assim também as exigências do futuro obrigam a uma contínua atualização do patrimônio constitucional que vem do passado e, portanto, a uma incessante redefinição dos princípios da convivência institucional. A ‘história’ constitucional não é um passado inerte, mas a continuar e elaboração das raízes constitucionais do ordenamento que nos é imposta no presente pelas exigências constitucionais do futuro. A dimensão histórica do direito constitucional não é, então, um acidente anedótico, algo que satisfaça apenas nosso gosto pelas antiguidades ou a curiosidade pelas realizações do espírito humano. Poderia ser um elemento constitutivo do direito constitucional atual, o que lhe permitiria dar um sentido à sua obra quando a ciência do direito constitucional resolvesse compreender que não existe um amo que requeira ser servido, ao contrário do que aconteceu no passado.

Reafirmando a crescente necessidade da interpretação e do constitucionalismo brasileiro, Pereira (2018, p. 297-322), direciona que no,

Estudo do imaginário político e social brasileiro há a linha específica relacionada à análise do pensamento do intelectual periférico. Esta vertente busca estudar a consciência que estes pensadores fazem da sua própria realidade, dos seus problemas, em diálogo com o que é pensado nos países “desenvolvidos”. A questão central deste tipo de estudo consiste em discernir se o intelectual da periferia busca soluções para os problemas de seu país a partir de sua própria história, de sua sociedade de passado colônia, ou se suas ideias são aqui transplantadas do mundo “civilizado” sem um confronto com as circunstâncias particulares de seu meio.

No mesmo sentido, extraímos de Lynch e Mendonça (2017, p. 760):

Porque nossos intelectuais consideravam que não existia o povo? Em algum momento, mudaram de diagnóstico? De que modo os “males da formação nacional” afetaram a percepção da qualidade ou da própria existência do

10. “A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infindável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas”. BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 1.



pensamento político nacional? Como foi que cada modalidade de filosofia da história—aliberal, apositivista, aculturalista e amaterialista – impactou no processo de cognição sócio política nacional e se refletiu, em cada época, na forma de se avaliar nossos produtos intelectuais? Compreendido de modo detido a maneira porque o pensamento político foi fabricado na periferia, será possível, mais adiante, sugerir um método alternativo de estudá-lo, apto a suprimir a distinção qualitativa entre “teoria política” (“universal” – cêntrico – superior) e “pensamento político” (“local” – periférico – inferior). Essa tarefa passa, também, pela superação da consideração das “ideias políticas” como dotadas de vida e lugar próprios, bem como de sua indeclinável historicidade.

Encontramos nas perguntas feitas, algumas de forma retórica, outras possíveis mais difíceis de responder, uma visão do porquê do panorama atual do pensamento constitucional brasileiro.

E, diante disso, se podemos usar o adjetivo de síndrome periférica para aqueles intelectuais que se auto denominam doutrinadores, mas, que ao mesmo tempo não procuram romper com o passado, se livrar do contexto alienígena, e acabam, assim, desvalorizando nossa história que sempre é apresentada em segundo plano.

CONCLUSÃO

Conclui-se que no Brasil, muitos dos pensamentos constitucionais são fundamentados em ideias e nas teorias importadas de outras nações, de outras épocas, de outros comportamentos e de culturas distintas.

Estamos equidistantes de uma teoria constitucional genuinamente brasileira, fundamentada em nossa história e cultura.

Mesmo que muitos justifiquem a interpretação da constituição nos anseios sociais, tais dados se apresentam mal dimensionados e marcados pelo sentimento de país periférico que a todo momento nos demonstra o atraso intencionalmente implantado perante boa parte da sociedade.

Muitos passos foram avançados, mas o principal ainda não se alcançou, ou seja, a mudança de toda uma cultura jurídica nacional, que infelizmente, representa o nacional de outros países.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020.

BARROSO, Luiz Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em :http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. 2003. Acesso em: 27 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Conferência feita pelo autor na Academia Piauiense de Letras em 27 de julho de 2000. Estudos Avançados.



CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Constitucionalismo brasileiro para além dos 25 anos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-12/observatorio-constitucional-constitucionalismo-brasileiro-alem-25-anos3>. Acesso em 28 jun. 2020.

Espindola, Ruy Samuel. **Princípios constitucionais e democracia**. Habitus Editora. 2019.

GUASQUE, Luiz Fabião. **A influência do constitucionalismo brasileiro na história constitucional portuguesa**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. n. 70. out./dez. 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russel, 2009.

LIMA, Ricardo Alves de; MORAIS, Michele Nogueira. **O alargamento do sentido de nexo causal na visão civil constitucional e da jurisprudência**. In: Valores constitucionais contemporâneos e o direito privado: estudos e diálogos sobre a dignidade humana. São Paulo: Tirant *lo Blanc*, 2020 (no prelo).

LYNCH, Christian Edward Cyril et MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Ver. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, n. 2, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Por que pensamento e não teoria? A imaginação político social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)**. Dados Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, 2013.

NOLL, Patricia. **A lei, o tempo e o direito – uma abordagem da evolução histórica constitucional**. Revista justiça e história do TJRS. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwil_cfGgajqAhVelbkGHSe_CTAQFjANegQICBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.tjrs.jus.br%2Fexport%2Fpoder_judiciario%2Fhistoria%2Fmemorial_do_poder_judiciario%2Fmemorial_judiciario_gaucho%2Frevista_justica_e_historia%2Fissn_1677-065x%2Fv6n12%2FMicrosoft_Word_-_ARTIGO_A_LEI_O_TEMPO..._Patricia_Noll.pdf&usg=AOvVaw0ilxwnfa4SrnOIOLncpo6 e. Acesso em: 28 jun. 2020.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **É fundamental desenvolver teoria constitucional realmente brasileira**. Revista Consultor Jurídico. 2017.

PEREIRA, Wíngler Alves. **O dilema do pensamento constitucional brasileiro: tupi or not tupi**. Rev. Direito & Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 1, 2018.

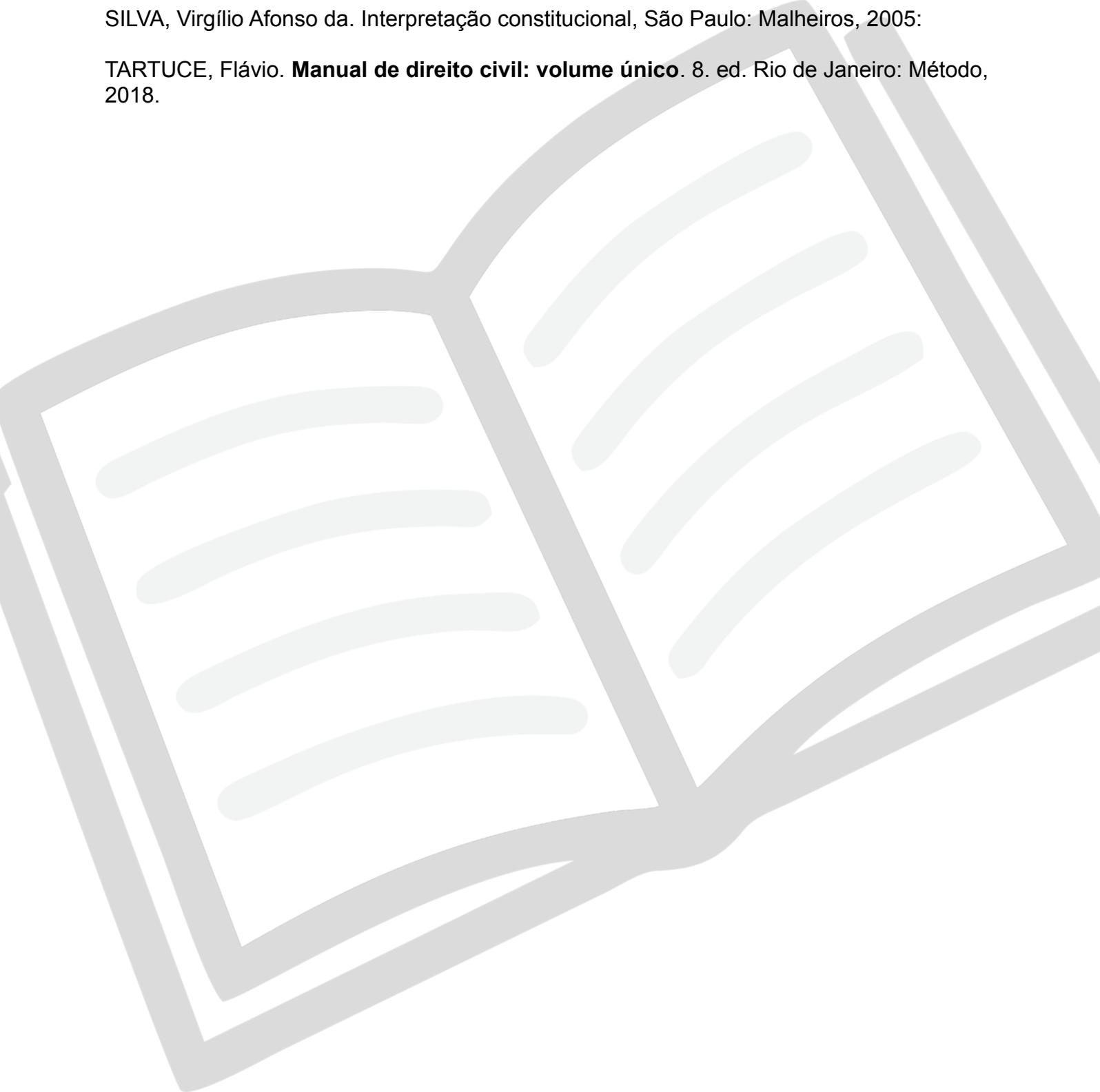
POCHMANN, Marcio. **Segurança social no capitalismo periférico – algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/seguranca-social-no-capitalismo-periferico-algumas-consideracoes-sobre-o-caso-brasileiro/>. Acesso em: 29 jun. 2020.



SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2005:

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.





A QUESTÃO DA INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO N.º 149 DA OIT: UMA ANÁLISE POR MAIS SEGURANÇA NO FRONT DOS TRABALHADORES DA SAÚDE¹

Hellen Cristina Sales²
Mateus Borges José³

Resumo: Com o objetivo de analisar a situação dos trabalhadores da saúde no atual momento da pandemia de Covid-19 em relação às normativas jurídicas de proteção ao trabalhador, este estudo aborda, especialmente, as normas internacionais, explicando como elas funcionam e a importância delas no contexto atual. O artigo apresenta, ainda, quais são as normas nacionais sobre o tema e a relação de necessidade entre as mesmas. Por meio de uma abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, e que possui como parâmetro o caráter explicativo e o método dedutivo, restou demonstrada a fragilidade das normativas de proteção individual do trabalhador da saúde existentes no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando a necessidade de internalização da Convenção n.º 149 da OIT, com o objetivo de fomento à criação de novas normas protetivas.

Palavras-chave: Covid-19. Convenção n.º 149. Enfermeiros. Segurança no trabalho.

INTRODUÇÃO

Em cenário onde há aproximadamente 190 enfermeiros mortos, 8.208 contaminados e em que a escassez de insumos básicos para a execução das atividades dos profissionais de saúde nos centros hospitalares públicos ganha a cada dia mais protagonismo em razão da pandemia do Covid-19, surgiram denúncias realizadas pelos próprios profissionais acerca da falta de equipamentos de proteção individual (EPIs) ao combate da pandemia (COFEN, 2020). Diante disso, vê-se a importância da incorporação da Convenção n.º 149 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, mormente, à míngua de regulamentação pertinente aos profissionais da área da saúde frente às denúncias de insegurança no ambiente de trabalho em meio à pandemia.

Inicialmente, apresentaremos - em apartada síntese, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a qual possui característica singular, uma vez que é a única organização das Nações Unidas (ONU) com estrutura tripartite, na qual participam os representantes de governos, dos trabalhadores e dos empregadores de seus 187 países-membros.

Firmado os seus preceitos e objetivos no princípio da dignidade humana, a OIT, seus 187 Estados-membros e a Conferência Internacional do Trabalho têm vasta produção legislativa no âmbito do direito do trabalho, composta por convenções, protocolos, recomendações, declarações e resoluções, e exercem controle da execução e eficácia destas normas nos países-membros.

Compulsando as normas vigentes atinentes a regulamentar a profissão dos trabalhadores da área da saúde no Brasil - mais especificamente os enfermeiros, deparou-se com a insuficiência normativa em relação à segurança no meio ambiente do trabalho. Desse modo, é fundamental abordar a imprescindibilidade de observância aos protocolos internacionais, como a Convenção n.º 155, já ratificada pelo Estado brasileiro, porém, no contexto atual, dar especial atenção à Convenção n.º 149, ainda não

1. Este estudo foi elaborado sob a orientação do Prof.º Dr. Moisés Alves Soares. Agradecemos, igualmente, as contribuições de Prof.ª Me. Ana Catarina Alencar, Prof.ª Manuela Ferreira e Paulo Cristovão de Araújo Silva Filho - os eventuais erros são de nossa responsabilidade. Além disso, é necessário citar os amigos Claudionei Fernandes, Giseli Leite e Jaime Miranda, que incentivaram e compartilharam os estudos na disciplina de Direito Internacional do Trabalho da Unisociesc.

2. Acadêmica do Curso de Direito da Unisociesc. E-mail:hellen97cristina@gmail.com

3. Acadêmico do Curso de Direito da Unisociesc. E-mail: mtsborgess@gmail.com.



incorporada formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que esta possui uma abordagem específica aos enfermeiros os quais estão na linha de frente ao combate da pandemia do Covid-19.

1. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SUAS NORMATIVAS

Em 2019, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) completou 100 anos de atuação. Fundada em 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial e nos termos da Carta das Nações Unidas, é organismo especializado da ONU e de natureza singular pois, dentre as diversas agências que fazem parte das Nações Unidas, é a única composta de uma estrutura tripartite, qual seja, representantes de governos, dos trabalhadores e dos empregadores de seus 187 Estados-membros (OIT).

A OIT, após enraizar como princípio que a “justiça social é imprescindível para garantir uma paz universal e permanente”, expandiu suas finalidades afirmando que a organização se preenche do que está em consonância com os seus objetivos e que não há determinada limitação em seu âmbito de ação. Tal visão ampliada conferida à OIT foi reiterada pela Declaração da Filadélfia em 1944 e, após, sendo introduzida à Constituição da própria OIT pela revisão de 1946, a qual dilatou sua competência, outorgando-lhe um espaço de atuação no campo do progresso social de forma extremamente ampla (MAZZUOLI, 2020).

Nesse sentido, como destaca Arnaldo Sússekind, citado por Mazzuoli (2020, p. 953):

“(...) à competência *ex ratione personae* da OIT, “ela hoje alcança o ser humano: a) como trabalhador em potencial; b) como homem que trabalha (qualquer que seja a atividade ou a forma de realizá-la), ou em inatividade por contingências biológicas, sociais ou econômicas; c) como membro da família ou dependente das pessoas mencionadas no item anterior”. Ainda para Sússekind, em relação agora à competência *ex ratione loci* da OIT, essa “não oferece maiores controvérsias: ela é universal, com exclusão dos territórios dos Estados que não a integram, como seus membros. As deliberações da OIT só concernem aos seus Estados-membros: suas convenções somente por estes podem ser ratificadas; apenas estes têm a obrigação, nos seus territórios, de observar os instrumentos adotados pelo aludido organismo.”

Conforme já mencionado, a OIT conta com 187 Estados-membros aos quais, a partir deste *status* de “membro”, é conferido o direito de participar da Conferência Internacional do Trabalho, cuja função é definir as normas internacionais do trabalho, elaborar as políticas comuns da organização, aprovar o orçamento da entidade e solucionar eventuais problemas ocasionados pelos Estados-membros decorrentes da inobservância das normativas constitucionais, bem como das convenções por eles ratificadas (QUEIROZ, 2009). Uma vez submetido à organização, ao membro são demandadas obrigações perante à instituição, dentre elas a de submeter à autoridade nacional competente as recomendações e as convenções aprovadas em Conferência. O membro que ratificou recomendação ou convenção tem o dever de apurar as medidas e os projetos os quais foram tomados e implantados em seu território para o fim específico de executar seus preceitos, e após, tal autoridade tem o dever de compilar tais



informações e encaminhar, anualmente, um relatório à Repartição Internacional do Trabalho, consoante art. 22 da Constituição da OIT.⁴

Seguindo as atribuições da Conferência Internacional do Trabalho, sabe-se que há um conjunto normativo internacional no âmbito trabalhista, composto por convenções, protocolos, recomendações, declarações e resoluções. À luz do art. 19, § 5º, da Constituição da OIT, as convenções e os protocolos possuem a natureza de tratados internacionais que, quando ratificados por determinado Estado-membro, exercem a função de “ato soberano” e, após, importará na sua incorporação ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo, cuja jurisdição está sob o efeito dessas normativas (OIT). Nessa perspectiva, leciona Maurício Godinho Delgado que as “Convenções são espécies de tratados. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros” (DELGADO, 2017, p. 163).

Ademais, as convenções, por serem classificadas como tal, quando ratificadas pelos Estados envolvidos, enquadram-se como instrumentos jurídicos vinculantes, assim expandindo o rol de normas abrangidas pelas fontes formais do direito interno desses Estados e, da mesma forma que passam a englobar o conceito de fonte normativa heterônoma - lei em sentido material ou sentido amplo (DELGADO, 2017). Arelado a isso, no Brasil, por muito tempo, teve-se o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que tais diplomas internacionais, quando internalizados no ordenamento jurídico pátrio, seriam classificados como normas infraconstitucionais e submetidos ao crivo de constitucionalidade, ou seja, esses diplomas poderiam ser pronunciados inválidos se apresentassem algum tipo de afronta a um princípio ou regra contida na Constituição (DELGADO, 2017). Além disso, a solução de uma possível antinomia, estando em mesmo grau hierárquico, obedeceria aos critérios usuais de cronologia e especialidade. Posteriormente à reforma provocada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, ao acrescentar o disposto pelo art. 5º, § 3º da Constituição, o STF, no julgamento do RE n.º 466.343-1/SP, alterou o seu entendimento para fixar o “patamar supralegal” dessas normativas ratificadas pelo Brasil anteriores ao novo rito constitucional, desde que concernentes a convenções internacionais sobre direitos humanos, teoria essa que perdura nos dias atuais (DELGADO, 2017).

Já as convenções não ratificadas - o que *a posteriori* será objeto do presente estudo -, mesmo não internalizadas por um Estado-membro, possuem natureza de fonte material do direito, uma vez que podem servir como “modelo ou fonte de inspiração para o legislador infraconstitucional” (MAZZUOLI, 2020).

Em relação às recomendações, estas dispõem de caráter não vinculante em termos jurídicos. No entanto, uma recomendação pode integralizar uma convenção, aventando princípios mais delineados sobre o modo de aplicação dessa norma. De outra banda, há as recomendações que são autônomas, aquelas que não são relacionadas com uma convenção, assim podem se moldar como “guias para a legislação e as políticas públicas dos Estados-membros” (OIT). Distinguindo-se das convenções, as recomendações conservam essência *sui generis*, assim cumprindo sua função como fontes materiais do direito interno e, quando incorporadas a este rol, podem desenvolver o papel como fontes integrativas no campo do direito do trabalho (art. 8 da CLT).

4. INTERNACIONAL. Constituição (1948). Constituição da Oit n° 2, de 1946. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Seu Anexo (Declaração da Filadélfia)**. Montreal, 20 abr. 1948. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 maio 2020.



Não obstante possam tratar de assuntos que se assemelham ao de uma convenção, somente as convenções devem ser ratificadas pelos membros signatários da OIT, isto é, as recomendações não “devem” passar pelos processos internos de ratificação como se fossem um tratado internacional, mas, sim, “podem” ser recepcionadas internamente, eventualmente convertidas em lei ou inspirando legislação sobre a matéria, dispensando a obrigatoriedade (MAZZUOLI, 2020).

Tais regras de natureza regulamentar, ao mesmo tempo que não fundam obrigações legais internas aos Estados-membros - pelo motivo de não serem vinculativas -, dão azo a algumas posturas inarredáveis, por força do disposto no art. 19, § 6º, da Constituição da OIT, como, a título de exemplo, o indicado na alínea “b” do mesmo dispositivo:

(...) b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza. (Constituição da OIT).

Sendo assim, como visto acima, embora as recomendações não tenham força impositiva para firmar uma obrigação formal ao Estado-membro aderente a esta ou aquela normativa, podem ingressar no sistema interno de cada país-membro como propostas a serem observadas pelo legislador quando da elaboração da norma jurídica atinente aos temas abordados por essas recomendações (MAZZUOLI, 2020).

Por fim, as Declarações se destinam a solidificar ou reestruturar regras do direito consuetudinário, proferir princípios gerais de direito ou, ainda, servir como instrumento de interpretação de normas e princípios jurídicos. Já as resoluções servem para orientar as ações da própria Organização Internacional do Trabalho, mormente, nas Conferências Internacionais e, aos países-membros (QUEIROZ, 2009).

2. SEGURANÇA E SAÚDE DOS TRABALHADORES DE ENFERMAGEM NA HISTÓRIA E SUAS NORMAS FEDERAIS

Para uma melhor análise acerca do tema de saúde dos trabalhadores no Brasil é necessário entender como se deu historicamente a evolução da segurança do trabalho no mundo.

Talvez o ponto de maior inflexão para a matéria seja o desenvolvimento da Revolução Industrial, momento em que ocorreu a transição no modo de manufatura, gerando trabalho com menos mediações para sua execução em série por meio da maquinaria. Antes da Revolução, o modo de manufatura era o artesanal, que significava apenas um trabalhador (artesão) como produtor. Por tal motivo, a tendência, sem o tempo frenético das máquinas, é que os acidentes de trabalho não fossem componentes inseparáveis desta lógica de produção, pois o ofício que era apenas manual passou a ser realizado por máquinas controladas por homens, fazendo com que a produção aumentasse, com redução cada vez maior do tempo necessário e do número de trabalhadores necessários para produção de cada bem de consumo⁵.

5. **Diferenças Entre Artesanato, A Manufatura e Maquinofatura:** Base Histórica. Base Histórica. 2020. Disponível em: <https://artesanato.culturamix.com/curiosidades/diferencas-entre-artesanato-a-manufatura-e-maquinofatura>. Acesso em: 29 jun. 2020.



Esse processo de evolução tecnológica trouxe benefícios sociais que não seriam alcançados de outra maneira. Entretanto, tal avanço contrastava com a situação dos trabalhadores. Como não existiam leis relacionadas à saúde ou proteção no trabalho, homens, mulheres e crianças eram explorados em fábricas, com jornadas de trabalho de até 16 horas por dia⁶. O resultado foi um grande aumento no número de acidentes de trabalho, inclusive com mutilações e mortes, e doenças relacionadas.

Em 1802, foi aprovada pelo parlamento inglês a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizizes⁷, que trazia obrigações aos proprietários de fábricas. Tais obrigações⁸ serviram para mostrar a evolução da sociedade e são fundamentais nos tempos atuais. A referida lei não trazia necessidade de inspeção nas fábricas para verificar o cumprimento efetivo das obrigações, o que só foi alcançado em 1833 com a Lei da Fábrica⁹ (SIMKIN, 1997).

Já em 1844, outra criação na legislação britânica: a publicação da nova Lei da Fábrica¹⁰ trouxe proteção ao trabalho das mulheres e a obrigatoriedade de comunicação formal e investigação de acidentes fatais. A partir deste momento surgiram em outros países da Europa leis relacionadas aos acidentes de trabalho e, no início do século XX, foram criados órgãos internacionais de proteção ao trabalho. Em 1914, foi criado o “National Institute of Occupational Safety and Health”, órgão de pesquisa em segurança no trabalho que criou a metodologia de avaliação da exposição ocupacional, usada por diversos países até hoje. Em 1919, como já dito anteriormente, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT). No Brasil, seria criada apenas em 1966 a FUNDACENTRO¹¹, fundação voltada aos estudos e pesquisas dos problemas relativos à segurança, higiene e medicina do trabalho.

Em particular, no cenário brasileiro, é importante relatar, mesmo que brevemente, algumas criações institucionais e legislativas que tratam da segurança e do meio ambiente do trabalho. O primeiro passo do nosso país em relação à proteção da saúde do trabalhador foi dado em 1891, com o Decreto n.º 1.313¹², que visava à proteção dos

6. RODRIGUES, Marluce de Oliveira. **A redução da jornada de trabalho: da luta pela saúde à luta pelo emprego**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3113, 9 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20807>. Acesso em: 29 jun. 2020.

7. Health and Morals of Apprentices Act - 1802. PARLIAMENT. **Early factory legislation**. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/earlyfactorylegislation/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

8. “Todos os ambientes da fábrica devem ser ventilados; O “limo” – sujeira deve ser removido duas vezes por ano; As crianças devem receber duas mudas completas de roupa; A jornada diária de crianças entre 9 e 13 anos deve ser no máximo 8 (oito) horas, e no caso de adolescentes entre 14 e 18 anos a jornada não deve ultrapassar 12 (doze) horas; É proibido o trabalho de crianças menores de 9 (nove) anos, que deverão frequentar as escolas a serem abertas e mantidas pelos empregadores; Crianças devem ocupar quartos de dormir separados por sexo, sendo que cada cama deve ser ocupada por no máximo duas crianças; Os empregadores são responsáveis pelo tratamento de doenças infecciosas.” SIMKIN, John. 1802 Factory Act. 1997. Disponível em: <https://spartacus-educational.com/IR1802.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

9. Factory Law - 1833. PARLIAMENT. **The 1833 Factory Act**. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/factoryact/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

10. PARLIAMENT. **Later factory legislation** Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/latefactoryleg/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

11. Fundação Jorge Dubrat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, vinculada ao Ministério do Trabalho em 1974; Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/institucional/historia>. Acesso em 03 jun. 2020.

12. BRASIL. Decreto n.º 1.313, de 1891. **Legislação Informatizada - Decreto Nº 1.313, de 17 de Janeiro de 1891 - Publicação Original**. Brasília, SC, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.



menores de idade no trabalho. Essa diferença temporal em relação à Inglaterra se deu, além do contexto de escravidão vigente, porque a primeira indústria têxtil do país foi instalada somente por volta de 1870 em Minas Gerais, 68 anos após a publicação da primeira lei protecionista na Inglaterra.

O primeiro ato normativo que tratou especificamente sobre acidentes de trabalho no Brasil foi o Decreto n.º 3.724/1919¹³, que instituiu a obrigação de reparação em casos de doença contraída pelo exercício do trabalho, que veio a ser complementado pelo Decreto 24.637/1934¹⁴, que ampliou o conceito de doença profissional. Já em 1º de maio de 1943, o Decreto n.º 5452 criou a CLT, com um capítulo inteiro destinado à higiene e segurança do trabalho.

Outro marco importante foi a aprovação da inclusão das Normas Regulamentadoras (NR) na CLT¹⁵, em 1978, pela Portaria n.º 3.214. Tais normas regulamentam e fornecem orientações sobre procedimentos obrigatórios relacionados à segurança e saúde do trabalhador, e têm o objetivo de garantir trabalho seguro e sadio, prevenindo doenças e acidentes de trabalho. A elaboração e revisão das NR é realizada pelo extinto Ministério do Trabalho¹⁶ - que teve suas atribuições divididas entre Ministério da Economia, Ministério da Justiça e Segurança Pública e Ministério da Cidadania¹⁷ -, adotando o sistema tripartite paritário por meio de grupos e comissões compostas por representantes do governo, de empregadores e de empregados.

A atividade de enfermagem no Brasil é regulamentada, além dos dispositivos advindos dos conselhos regionais e federais, pela Lei n.º 7.498/1986, regulamentada posteriormente pela Lei n.º 94.406/1987. Tal dispositivo prevê, em boa parte, os deveres dos profissionais da enfermagem e dá diretrizes quanto às relações de emprego.

A área da saúde é regulamentada pela NR n.º 32 - "Segurança e Saúde no Trabalho em Serviços de Saúde"¹⁸, publicada em 2005, e alterada em 2019. Nela, foram estabelecidos marcos elementares para a implementação de medidas de proteção à segurança e à saúde dos trabalhadores dos serviços de saúde. Destacam-se nesta norma os itens que discorrem acerca das medidas de proteção, em relação aos equipamentos de proteção individual, que devem ser tomadas pelo empregador:

32.2.4 Das Medidas de Proteção:

32.2.4.6 Todos trabalhadores com possibilidade de exposição a agentes biológicos devem utilizar vestimenta de trabalho adequada e em condições de conforto.

32.2.4.6.1 A vestimenta deve ser fornecida sem ônus para o empregado.

13. BRASIL. Decreto n.º 3.724, de 1919. **Legislação Informatizada - Decreto Nº 3.724, de 15 de Janeiro de 1919 - Publicação Original.** Brasília, SC, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

14. BRASIL. Decreto n.º 24.637, de 1934. **Legislação Informatizada - Decreto Nº 24.637, de 10 de Julho de 1934 - Publicação Original.** Brasília, SC, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24637-10-julho-1934-505781-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

15. CLT, capítulo V, título II.

16. Extinto pela lei 13.844/19. BRASIL. Lei n.º 13.844, de 2019. **Lei nº 13.844, de 18 de Junho de 2019.** Brasília, SC, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

17. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-12/onyx-confirma-extincao-do-ministerio-do-trabalho>

18. BRASIL. Norma Regulamentadora n.º 32, de 2005. **NR 32 - Segurança e Saúde no Trabalho em Serviços de Saúde.** Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-32.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.



32.2.4.7 Os Equipamentos de Proteção Individual - EPI, descartáveis ou não, deverão estar à disposição em número suficiente nos postos de trabalho, de forma que seja garantido o imediato fornecimento ou reposição.¹⁹

Os itens supracitados são de fundamental importância para os trabalhadores da saúde tanto em momentos comuns de trabalho quanto em momentos de urgência social e crise no sistema de saúde.

Além das referidas leis, as atividades da área da enfermagem também são regulamentadas por resoluções do Conselho Federal de Enfermagem - COFEN, tais como a Resolução n.º 564/2017, que traz o Código de Ética dos Profissionais de Saúde reformulado, e dos Conselhos Regionais de Enfermagem, por meio de decretos e portarias. Além de auxiliar na regulamentação, os conselhos têm a prerrogativa de fiscalizar as atividades de enfermagem.

Ainda falando da proteção em si do trabalhador e de seu ambiente de trabalho, o Brasil se tornou membro signatário da Convenção n.º 155 da OIT - "Saúde e Segurança dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho". O Brasil veio a ratificar tal convenção mais de uma década depois de sua criação.²⁰

A Convenção n.º 155 trata do trabalho como um todo, sem dar enfoque em determinada área em específico. Ela trouxe como ponto de análise a importância do meio ambiente de trabalho para a saúde dos trabalhadores e a necessidade de serem reduzidas as causas e riscos a ele inerentes. Podemos verificar isso de acordo com o art. 4º da referida Convenção²¹:

"Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho e tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho" (OIT).

É possível extrair da Convenção n.º 155 pontos similares aos apontados na NR n.º 32, em relação aos equipamentos de proteção. A referida convenção prevê a necessidade dos empregadores disponibilizarem aos trabalhadores roupas e equipamentos de proteção necessários adequados para que possa ser protegida a integridade do profissional da saúde:

"OIT - Convenção 155 - Art. 16 - 3: Quando for necessário, os empregadores deveriam fornecer roupas e equipamentos de proteção adequados a fim de prevenir, na medida que for razoável e possível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde." [grifo nosso]

Ainda que a convenção abordada seja importante também aos trabalhadores da saúde, é notável a sua fragilidade em momentos de emergência por ela funcionar como

19. BRASIL. Norma Regulamentadora n.º 32, de 2005. **NR 32 - Segurança e Saúde no Trabalho em Serviços de Saúde.** Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-32.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

20. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 2, de 17 de março de 1992; depositada a Carta de Ratificação em 18 de maio de 1992; entrada em vigor internacional em 11 de agosto de 1983 e, para o Brasil, em 18 de maio de 1993, na forma de seu artigo 24; e promulgada em 29/09- 1994; BRASIL. Decreto n.º 10.088, de 2019. **Decreto N.º 10.088, de 5 de Novembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 05 jun. 2020.

21. OIT. **C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.



mecanismo de controle e de verificação de cumprimento de normas já existentes, e não como base argumentativa para criação de novas normas. O profissional de saúde, caríssimo à sociedade, não está protegido adequadamente, e não vê no horizonte um quadro de melhora nessa situação. Não se pode, portanto, esperar que tal profissional possa atuar somente na reparação de um dano eventualmente causado, mas, por sua essencialidade, deve existir uma forte política preventiva.

Segundo o CEPE (Código de Ética do Pessoal da Saúde), reformulado pela já mencionada Resolução n.º 564/2017, o profissional desta área pode negar assistência de enfermagem caso a atividade ofereça risco a sua saúde:

“art. 76 - Negar assistência de enfermagem em situações de urgência, emergência, epidemia, desastre e catástrofe, desde que não ofereça risco a integridade física do profissional.”

Ainda, o art. 13 da Convenção n.º 155 também traz proteção em casos desta natureza, conforme se verifica:

“Art. 13 — Em conformidade com a prática e as condições nacionais deverá ser protegido, de conseqüências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.”

Uma vez evidenciada a proteção para o profissional que decide interromper seu serviço, a fim de que seja necessário o exercício da paralisação de tão fundamental atividade para a sociedade como um todo, é necessário lançar mão no campo normativo de formas específicas de proteção a tal conjunto de trabalhadores.

A Lei n.º 94.406/1987 prevê pouquíssimos dispositivos de proteção ou incentivo aos profissionais da área da enfermagem, tampouco confere ao poder público ou qualquer outro empregador obrigações que se reflitam em uma atuação mais segura.

3. POSSIBILIDADE DE RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO N.º 149 EM MEIO À PANDEMIA DO COVID-19

Diante dos efeitos humanitários ocasionados pelo Covid-19, em março de 2020 a Organização Mundial da Saúde decretou situação de pandemia mundial e, após, o Estado brasileiro, por meio do Decreto n.º 6/2020, estabeleceu estado de calamidade pública no país. Por ora, tudo que se sabe é que tal doença é um vírus que possui como principal característica a constante mutação e a variada recombinação genética, uma vez que é constituído de RNA (ácido ribonucléico) em seu material genético. Por ser de acelerada disseminação, tal vírus vem acarretando preocupação às autoridades sanitárias pela magnitude dos danos causados na vida dos indivíduos (OMS, 2020; CHAVES e BELLEI, 2020).

Corolário a isso - limitando à análise deste estudo aos efeitos da Covid-19 sob o território brasileiro -, tem-se, atualmente, um Sistema Único de Saúde - SUS superlotado, decorrente da incapacidade de receber uma massa de pessoas infectadas por tal vírus que demandam não apenas um mero tratamento hospitalar, mas, quando diagnosticadas em níveis mais agudos da doença, tratamentos especiais como as unidades de terapia intensiva²² - UTIs.

22. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso **Coronavírus (COVID-19) e o direito: fato, valor e norma**. 2020. Disponível em: [https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=\(...\)](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=(...)) Acesso em: 05 jun. 2020.



Beirando o colapso no sistema de saúde brasileiro, nos últimos três meses e em diferentes regiões do país, surgiram inúmeras denúncias de profissionais da área da saúde, dentre enfermeiros e médicos, de que insumos necessários para o atendimento das pessoas contaminadas pela Covid-19 não estão sendo fornecidos (COFEN, 2020). Diante dessas denúncias relativas à ausência de instrumentos e equipamentos imprescindíveis ao combate à pandemia nos centros hospitalares, o que põe em risco não apenas os profissionais da saúde e os pacientes ali enfermos, mas como toda a sociedade, buscamos, então, dados concretos do impacto imediato provocado pelo vírus à saúde desses profissionais, conforme o Conselho Federal de Enfermagem:

Tabela 1- Casos registrados de profissionais da saúde infectados pela Covid-19.

Grupo Situação	Confirmado	Não Confirmado	Suspeita	Total
Quarentena	8.208	1.514	11.619	21.341
Internado	158		210	368
Falecido	190		30	220
Total	8.556	1.514	11.859	21.929

Fonte: Conselho Federal de Enfermagem; acesso em: 29 jun de 2020.

Consoante com o que já foi mencionado e com os expressivos dados acima apontados, é notória a quantidade de profissionais que estão expostos, diariamente, à Covid-19 e que aguardam, enquanto não são infectados ou não padecem pelos danos acarretados pelo vírus perante a um sistema de saúde que se mostrou insuficiente, o ressurgimento do poder estatal para garantir-lhes - o que já seria de dever²³-, que seja assegurado o mínimo necessário para exercer suas atribuições.

Existem normas atinentes aos profissionais da saúde, mas elas são de caráter genérico e é exíguo o conjunto de regulamentações - conforme abordado exhaustivamente no capítulo anterior. Essas normas se destinam, ou ao menos mencionam, uma atuação mais segura no ambiente de trabalho, que no caso do presente estudo se aplica aos centros hospitalares.

À vista disso, é imprescindível e urgente a observação dos protocolos internacionais referentes à profissão e a sua execução de forma mais segura. Nesse sentido, as normativas internacionais podem funcionar como um guia ao legislador, quiçá na elaboração de uma norma, ou mesmo para internalizar convenções ou integrar certos dispositivos ao ordenamento jurídico nacional, a fim de assegurar condições mais adequadas para o desenvolvimento das atividades desempenhadas pelos profissionais da área da saúde sem expor a risco à saúde, integridade física e mental desses profissionais.

23. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (...)
(Constituição Federal).



Não obstante haver as resoluções e declarações no âmbito normativo internacional da OIT, evidenciaremos exclusivamente as convenções e recomendações. Assim, destaca-se, dentre o rol das 189 convenções elaboradas pela OIT, a Convenção n.º 149, que discorre acerca do “Emprego e Condições de Trabalho e de Vida do Pessoal de Enfermagem”. Essa foi convocada para Genebra em 01 de junho de 1977, na 63ª sessão, pelo conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, objetivando ao reconhecimento do exercício essencial desempenhado pelos trabalhadores de enfermagem, em conjunto com outros trabalhadores da área da saúde, os quais atuam na proteção e melhoria da saúde, bem como o bem-estar da população. Composta por dezesseis artigos, a convenção foi elaborada em colaboração com a Organização Mundial de Saúde - OMS e, desse modo, tem-se o intuito de prosseguir até a sua efetiva aplicação (OIT).

Quanto à segurança no ambiente de trabalho, a Convenção n.º 149 da OIT dispõe que:

(...) Art. 2 - Em particular, tomará as medidas necessárias para assegurar ao pessoal de enfermagem:

a) Uma educação e uma formação adequadas ao exercício das suas funções; e
b) Condições de emprego e de trabalho, incluindo perspectivas de carreira e remuneração; capazes de atraírem e reterem o pessoal na profissão.

3 - A política referida no anterior parágrafo será elaborada em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando existirem tais organizações. (...)

Art. 4. A legislação nacional especificará as condições a que será subordinado o direito ao exercício da prestação de cuidados e serviços de enfermagem e reservará esse direito às pessoas que satisfaçam essas condições. (...)

Art. 7. Cada Membro esforçar-se-á, se necessário, **por melhorar as disposições legislativas existentes relativamente à higiene e à segurança no trabalho**, adaptando-as às características especiais do trabalho do pessoal de enfermagem e do meio em que for executado [grifo nosso].

Extrai-se dos preceitos normativos transcritos que aos empregadores do âmbito da saúde é atribuído o dever de observar as normativas e orientações internacionais, e não unicamente os dispositivos já internamente consagrados, sobretudo quando tais deliberações não são suficientes para regulamentar uma profissão tão singular e de alto risco, como já debatido no capítulo anterior. Além disso, o poder público na posição de empregador tem a responsabilidade de utilizar as legislações existentes e aprimorá-las, a fim de as aproveitar em benefício dos enfermeiros, em relação à higiene e segurança do trabalho²⁴.

Nessa perspectiva a referida convenção prevê preliminarmente que:

“Reconhecendo que o sector público, na sua qualidade de empregador de pessoal de enfermagem, deveria desempenhar um papel activo na melhoria das condições de emprego e de trabalho do pessoal de enfermagem;

Verificando que a situação actual do pessoal de enfermagem em numerosos países, caracterizada pela penúria de efectivos qualificados e por uma utilização

24. OIT. **C149 - Sobre o Emprego e Condições de Trabalho e de Vida do Pessoal de Enfermagem**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242708/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 maio. 2020.



por vezes inadequada do pessoal existente, dificulta o desenvolvimento de serviços de saúde eficazes;" (OIT, 2020).

Tal convenção observou à época de sua elaboração que, em diversos países, a situação dessa classe de trabalhadores era definida pela escassez de "efetivos qualificados" e pela utilização inapropriada desses trabalhadores, assim dificultando a eficácia da prestação dos serviços (OIT). Isto, se interligando com a contemporaneidade, permite traçar uma linha tênue entre a citada norma e o momento atual em que enfermeiros vivem sob os efeitos da pandemia da Covid-19.

Considerando o conjunto de elementos expostos, podemos nos valer de duas vias, provocadoras de efeitos divergentes: a ratificação da Convenção n.º 149 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, passando por todo o procedimento de internalização de normas internacionais; ou, se não internalizada, sejam ao menos observados os seus preceitos atinentes às condições de trabalho dos profissionais da enfermagem em geral.

Quanto à primeira das opções, resta patente a necessidade de recepcionar a Convenção n.º 149 no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, quando internalizada, transcende-se a ideia de controlar as normativas existentes, mas traz como resultado o fomento a novas leis, inteligência do art. 7º do dispositivo mencionado (OIT). E ao país-membro que está sob o efeito da submissão da regra internacional, cabe à autoridade competente com atribuições de internalizar os acordos e convenções internacionais - no Brasil, tal função é exercida pelo Poder Legislativo -, utilizar-se de tal mecanismo para estimular a elaboração de leis acerca de assuntos semelhantes discutidos nas convenções aprovadas internamente (MAZZUOLI, 2020).

No que toca à internalização dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, temos dois meios de recepção. O primeiro é relacionado às normas que não dispõem da natureza de tratados de direito humanos, aplicando-se a elas procedimento ordinário - aquele previsto nos arts. 49, inciso I, e art. 84, inciso VIII, da Constituição. O segundo é quando o tratado internacional encerra preceitos atinentes aos direitos humanos, aos quais, quando da ratificação e internalização no ordenamento brasileiro, pode ser dada estatura constitucional se recepcionado pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição (MAZZUOLI, 2020).

Ocorre que, a partir do entendimento do STF no julgamento do RE n.º 466.343-1/SP, as convenções anteriores à Emenda Constitucional n.º 45 teriam o caráter supralegal (MAZZUOLI, 2020). No entanto, existe uma parte da doutrina alegando que a tese da supralegalidade seria insuficiente, sustentando que as normas atinentes aos direitos humanos ostentam *status* constitucionais e criticam eventual duplicidade de regimes jurídicos oriundos da referida tese²⁵.

25. "A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos" imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as "categorias" dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os "iguais"), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior. [...] No nosso entender, os tratados



A partir da internalização, as convenções correspondem a uma eficácia peculiar e de efeitos imediatos, bem como ampliam o rol das fontes formais do direito interno em relação ao tema e, além disso, tal submissão serve para o controle e monitoramento internacional da organização ante ao cumprimento dos preceitos lá consagrados, conforme art. 19, § 5º, alíneas “b” e “c” da Constituição da OIT (MAZZUOLI, 2020).

Na prática, após tais procedimentos de ratificação, as convenções e tratados passam a ter aplicabilidade imediata e vinculada, de maneira que obrigaria aos juristas, ou melhor dizendo, o Estado-juiz, observar e dar andamento ao cumprimento instantâneo dessa convenção, aplicando-a ao caso concreto (MAZZUOLI, 2020).

Em relação à segunda opção, podemos interpretar a Convenção n.º 149 como sendo uma recomendação da OIT e, mesmo podendo ser compreendida como tal, de modo a gerar efeitos no ordenamento jurídico interno de cada país-membro. Vejamos: uma vez não ratificada pelo ordenamento brasileiro, tal convenção não integraria as fontes formais do direito, mas sim as fontes materiais. Nessa linha, não se estaria a criar uma vinculação jurídica imediata, como se uma convenção fosse (MAZZUOLI, 2020). Contudo, do ponto de vista hermenêutico, aplicado à Convenção n.º 149, essa norma se prestaria para colmatar eventual aparição de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro - ou seja, para suprir a ausência de norma específica e, diante do caso concreto poderia ser aplicada como paradigma análogo à luz dos arts. 4º da LINDB e 8º da CLT, os quais dispõem:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (LINDB, 1942).

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 (CLT, 1943).

Ademais, as recomendações da OIT apresentam certas singularidades que as convertem em normas internacionais *sui generis*, pois, diferentemente de outras recomendações do âmbito do direito público internacional, geram obrigações jurídicas do Estado-membro perante a organização, advindo encargo esse do assentado no art. 19, § 6º, da Constituição da OIT, consoante com o já mencionado no capítulo inicial (MAZZUOLI, 2020).

Embora destituídas da categoria de tratados internacionais, as recomendações - podendo ser assim entendida a Convenção n.º 149 da OIT neste estudo -, desempenham funções no campo internacional de sugestões e orientações para a atuação legislativa nacional. Sendo o Brasil integrante da Organização Internacional do Trabalho, possui a responsabilidade de não meramente perceber e apreciar tais preceitos internacionais, deixando esse conjunto normativo em um plano utópico, mas de o concretizar em jurisdição própria e, a partir disso, manifestar a transformação de “hábitos culturais” que

internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, como se observará no momento oportuno, entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação” (MAZZUOLI, 2020, p. 318).



esses regulamentos internacionais acarretam internamente, bem como de fomentar modificações legislativas e, principalmente, fundamentar decisões judiciais nos tribunais trabalhistas (BRINGEL e FERRAZ, 2020).

Considerando a escassez de regulamentos, sobretudo frente à atual pandemia de Covid-19, vê-se que é imprescindível a internalização da Convenção n.º 149 no ordenamento jurídico brasileiro para assim se poder valer de sua força impositiva. Porém, enquanto tal fato não se concretiza, é indispensável sua aplicação - através do método hermenêutico outorgado à Convenção n.º 149 neste estudo -, como guia interpretativa nos casos de omissões no conjunto normativo brasileiro quando da ausência de previsão específica para o caso concreto, assim atribuindo a validade dessa norma do âmbito internacional para o direito interno brasileiro no âmbito trabalhista.

CONCLUSÃO

É notória a deterioração que o sistema de saúde brasileiro vem sofrendo com o aumento da demanda hospitalar em razão da pandemia de Covid-19 e os prejuízos já causados à saúde e à vida dos respectivos profissionais, bem como da sociedade. Neste sentido, foram analisadas as normas federais de proteção à saúde dos enfermeiros e demais profissionais da área e também a Convenção n.º 155 - OIT, ratificada pelo Brasil, bem como a existência da Convenção n.º 149 - OIT, ainda não ratificada.

A partir do que foi apresentado, é possível verificar a ausência de normas que asseguram aos trabalhadores da saúde proteção individual substantiva. Ainda foi possível perceber que as normas existentes não são suficientes, visto que não são respeitadas em sua integralidade. A Convenção n.º 155 tem sua importância para o trabalhador em geral, mas é limitada, frágil em sua utilização, visto não ter o objetivo de criação de novas normas, ainda que funcione como controladora e inspecionadora de normas já existentes. Tendo entendido que as normas vigentes não são eficientes, não basta inspecioná-las para ter o resultado necessário. Por sua vez, a Convenção n.º 149 tem o objetivo específico de proteção ao pessoal da saúde, e mais, prevê a necessidade de esforço do Estado-membro para melhora nas legislações relacionadas ao tema.

Assim, podemos concluir que há a necessidade de acolher a Convenção n.º 149 com a interpretação a que lhe foi conferida neste estudo - fonte integrativa nos casos de omissão legislativa-, bem como, a urgência de internalizá-la como norma específica, pelos fundamentos já expostos neste estudo. E somente após estar integrada ao ordenamento jurídico pátrio tal norma poderá impor aos poderes do Estado a necessidade de melhoria das normas existentes e o fomento de novos regulamentos de proteção, as quais passariam logicamente, pelo filtro e pelos métodos de elaboração de regras por meio do Poder Legislativo, onde, após o procedimento de existência e validade de tais normas, seriam positivadas no nosso ordenamento brasileiro, possibilitando assim, amparo legislativo para a classe dos trabalhadores da área da saúde. Desse modo, sairíamos de uma superfície pouco rígida - sem força de lei-, qual seja, das resoluções dos próprios conselhos da referida classe, os quais abordam temas de extrema importância para esses trabalhadores da saúde, porém, por não terem esses temas positivados como normas, ficam à mercê da incerteza jurisprudencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 1.313, de 1891. **Legislação Informatizada - Decreto Nº 1.313, de 17 de Janeiro de 1891 - Publicação Original**. Brasília, SC, Disponível em:



<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.724, de 1919. **Legislação Informatizada - Decreto Nº 3.724, de 15 de Janeiro de 1919 - Publicação Original**. Brasília, SC, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 24.637, de 1934. **Legislação Informatizada - Decreto Nº 24.637, de 10 de Julho de 1934 - Publicação Original**. Brasília, SC, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24637-10-julho-1934-505781-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Norma Regulamentadora nº 32, de 2005. **NR 32 - Segurança e Saúde no Trabalho em Serviços de Saúde**. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-32.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 94.406, de 1987. **Decreto no 94.406, de 8 de Junho de 1987..** Brasília, SC, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D94406.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.498, de 1986. **Lei no 7.498, de 25 de Junho de 1986..** Brasília, SC, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7498.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Resolução nº 564, de 2017. **Resolução Cofen Nº 564/2017**. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Acesso em 10 jun 2020.

BRINGEL, Elder Paes Barreto; FERRAZ, Maria Carolina Monteiro. **A OIT e sua função normativa: convenções não ratificadas pelo brasil e implementação de direitos fundamentais** 2020. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=40bd33b35dfb6a76>. Acesso em: 30 maio 2020.

CHAVES, Tânia S S; BELLEI, Nancy. **SARS-COV-2, o novo Coronavírus: uma reflexão sobre a Saúde Única (One Health) e a importância da medicina de viagem na emergência de novos patógenos**. 2020. 4 f - Curso de Medicina, Usp - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cIPct8-H9JwJ:https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/download/167173/159662/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 04 jun. 2020.



COFEN. **Profissionais infectados com Covid-19 informado pelos Enfermeiros Responsáveis Técnicos/Coordenadores**. 2020. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012. 1479.

DIFERENÇAS Entre Artesanato, A Manufatura e Maquinofatura: Base Histórica. Base Histórica. 2020. Disponível em:

<https://artesanato.culturamix.com/curiosidades/diferencas-entre-artesanato-a-manufatura-e-maquinofatura>. Acesso em: 29 jun. 2020.

Fundação Jorge Dubrat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, vinculada ao Ministério do Trabalho em 1974. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/institucional/historia>. Acesso em 03 jun. 2020.

INTERNACIONAL. Constituição (1948). Constituição da Oit nº 2, de 1946. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Seu Anexo (Declaração da Filadélfia)**. Montreal, 20 abr. 1948. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13º. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso **Coronavírus (COVID-19) e o direito: fato, valor e norma**. 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172a4afd7564392a6c3&docguid=I9148cbf0909711ea95d4be7da45aa4c2&hitguid=I9148cbf0909711ea95d4be7da45aa4c2&spos=2&epos=2&td=45&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2020.7407-n2>. Acesso em: 05 jun. 2020.

OIT. **C149 - Sobre o Emprego e Condições de Trabalho e de Vida do Pessoal de Enfermagem**. Disponível em:

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242708/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 maio. 2020.

ONU. **OIT completa 100 anos de lutas por justiça social**. 2019. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/oit-completa-100-anos-de-lutas-por-justica-social/>. Acesso em: 27 maio 2020.

OIT. **Conheça a OIT**. Disponível em:

<https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

OIT. **Normas Internacionais de Trabalho**. Disponível em:

<https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 27 maio 2020.



OIT. **C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

WHO. **Naming the coronavirus disease (COVID-19) and the virus that causes it**.

Disponível em:

[https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)

PARLIAMENT. **Early factory legislation**. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/earlyfactorylegislation/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PARLIAMENT. **The 1833 Factory Act**. Disponível em:

<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/factoryact/>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PARLIAMENT. **Later factory legislation** Disponível em:

<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/latefactoryleg/>. Acesso em: 07 jun. 2020

PAÍS, El. **Brasil já perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas**. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-06/brasil-ja-perdeu-mais-profissionais-de-enfermagem-para-o-coronavirus-do-que-italia-e-espanha-juntas.html>. Acesso em: 06 jun. 2020.

QUEIROZ, Miron Tafuri. **A Integração das Convenções da Organização Internacional do Trabalho à Ordem Jurídica Brasileira**. 2009. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SIMKIN, John. **1802 Factory Act**. 1997. Disponível em: <https://spartacus-educational.com/IR1802.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

RODRIGUES, Marluce de Oliveira. **A redução da jornada de trabalho: da luta pela saúde à luta pelo emprego**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3113, 9 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20807>. Acesso em: 29 jun. 2020.



VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER E SEUS EFEITOS NO PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL

Helóisa Queiroz Anschau do Amaral¹

Resumo: O presente artigo trata sobre os aspectos gerais da violência doméstica e seus impactos no período de isolamento social. Com o advento da Lei 11.340/2006 as mulheres passaram a ter um maior amparo jurídico de seus direitos, entretanto, este tema se faz ainda muito presente na sociedade, devendo ser abordado e discutido de forma ampla a fim de que sejam encontradas soluções satisfatórias para um problema cuja extensão atinge muitas famílias. Nesse contexto, o momento de pandemia causado pela doença covid-19 fez com que houvesse um aumento nos casos de violência doméstica em vários países durante o isolamento, isso comprova o fato de que as mulheres precisam de mais eficiência nos aspectos das leis de proteção. Por conseguinte, verificou-se que em diferentes países houve uma amplitude das medidas de proteção às vítimas de violência doméstica, visto que diante do contexto causado pela pandemia estas ficaram mais impossibilitadas de sair de seus domicílios para pedir ajuda.

Palavras-chave: Violência doméstica. Isolamento social. Lei Maria da Penha.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto compreender as concepções gerais que o termo violência doméstica introduz na sociedade, assim como, analisar o aumento desse tema tão recorrente no período de isolamento social causado pela pandemia do coronavírus. O método de abordagem é o dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo é observado que ao longo da história da humanidade, as mulheres foram vítimas de agressões e opressões injustas tanto em seus domicílios como também pela integralidade da sociedade, pois nesta fase os Estados não exploravam medidas de proteção, e por consequência, as mulheres tinham seus direitos humanos negligenciados.

Com a promulgação da Lei 11.340/2006, a violência doméstica contra a mulher conquistou novos parâmetros no âmbito nacional, assim, esta lei foi considerada um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que não se tinham leis de proteção tão eficazes para este contexto social. Neste capítulo são explicadas as cinco formas de violência contra mulher instituída pela Lei Maria da Penha, quais sejam, a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Outrossim, é destacado o ciclo da violência que apresentam três diferentes estágios para refletir sobre a forma como o relacionamento pode se desenvolver.

Diante de um aumento excessivo no número de agressões praticadas durante o período de isolamento social, inúmeros debates surgiram para garantir que as vítimas tenham mais alternativas para assegurar a dignidade e registrar uma denúncia contra o agressor. Dessa maneira, países como o Brasil, Itália e Argentina estão investindo e divulgando mais instrumentos de apoio às vítimas que estão sofrendo o efeito da violência doméstica. Esse capítulo tem por objetivo analisar o crescente número que as agressões apresentaram no isolamento, bem como apresentar as medidas que vários estados brasileiros e países estão adotando para coibir a violência.

Por fim, em seu último capítulo o artigo analisa com base em dados científicos, as implicações que a violência provoca dentro de um ambiente familiar, pois é identificado

1. Acadêmica do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville. E-MAIL: heloisanschau@gmail.com.



que as mulheres propendem a ficar mais vulneráveis diante de situações que constantemente rebaixam a honra e dignidade destas vítimas.

1. VIOLÊNCIA NA SOCIEDADE

A violência doméstica é um fenômeno social presente há muitos séculos na sociedade, tendo como vítimas, homens, mulheres, idosos e crianças, cuja dignidade é constrangida diariamente dentro de seus próprios domicílios.

O conceito de violência pode ser definido como todo ato de repressão físico ou moral cometido contra outrem, ou a si próprio, e que acaba afetando a integridade pessoal do indivíduo, provocando certos danos como ansiedade, depressão, insônia, isolamento social, transtornos, entre outros.

A violência contra a mulher está estruturada e vinculada na desigualdade de gênero, que é um cenário ainda muito visível na sociedade. No Brasil essa desigualdade é uma intersecção de muitas outras, como por exemplo, a étnica, racial, e econômica, isso faz com que muitas mulheres tenham dificuldade para se encaixar em determinados setores da sociedade. Sendo assim, nos dizeres de Bianchini (2016, p.32):

Quando se estabelecem diferenças, quem tem o poder de estabelecê-las toma-se por referência neutra, e o diferente torna-se objeto de controle, para ser eliminado ou inferiorizado, e sobre ele incidirá a violência considerada eficiente para tal objetivo. Em se tratando de controle da mulher, essa violência incide quase como controle total, dada a situação de afeto, intimidade, convivência (em muitos casos) e continuidade que caracteriza a relação de poder desigual decorrente do sistema de desigualdade de gêneros.

Nesse sentido, a desigualdade de gênero carrega em seu conceito um poder de controle dos indivíduos masculinos sob o feminino, visto que, ao longo da história as mulheres foram subordinadas pelos companheiros e pela sociedade.

No passado a violência era utilizada por aqueles que eram considerados mais fortes e que detinham poder para estabelecer ordem e respeito, atualmente, pode-se observar que a violência vem sendo usada como uma forma errônea de resolver um conflito (MUSZKAT; MUSZKAT, 2016).

Um livro muito marcante e impactante que aborda em sua história alguns tipos de violências é “O conto da aia”, publicado em 1985 por Margaret Atwood, e que deu origem a série “The Handmaid’s Tale”, é uma distopia que se passa no território dos Estados Unidos, renomeado como Gilead, um Estado totalmente teocrático e totalitário que acabou com a constituição e todos os direitos das mulheres, pois eram sempre controladas e não podiam ter direito nem sobre os próprios pensamentos ou opiniões. O livro é narrado por Offred, uma mulher destinada a ser da casta aia, ou seja, que possui somente a função de reprodução para as famílias mais ricas, visto que, por diversos motivos grande parte da população tinha se tornado infértil, dessa forma, elas eram ensinadas por meio de lavagens cerebrais, torturas psicológicas e físicas para aceitar e se adequar ao seu posicionamento na sociedade.

O livro traz muitos pensamentos e reflexões sobre uma sociedade machista, desigual e, onde as mulheres são constantemente injustiçadas. Apesar do livro tratar sobre uma distopia, remete-se demais sobre a história recente e atual do mundo. Além disso, a violência sofrida pelas aias no livro é muito semelhante ao que ocorre nos mais diferentes países, pois, várias mulheres são reprimidas diariamente dentro e fora de seus domicílios.



Exposto isso, antes de analisar a violência doméstica contra as mulheres, é necessário um olhar retrospectivo acerca do passado das mais diversas formas de violência cometida na sociedade.

Deve ser lembrado que, em contraposição aos homens, nos séculos passados as mulheres possuíam poucos direitos frente à sociedade. Dessa forma, a condição das mulheres era de absoluta submissão e obediência aos homens, imposta pelo povo e pela igreja católica, que detinha muita influência nessa época, uma vez que com base na bíblia instituíam uma soberania masculina.

Na idade média os senhores feudais que eram a classe mais alta do feudalismo, exerciam poder sobre as demais classes, diante disso as mulheres recém-casadas originárias de seu feudo eram constantemente violentadas sexualmente por esses nobres.

Nesse período da idade média a igreja católica era uma grande influenciadora da cultura e do pensamento da época, a tal ponto chegava essa influência que, de acordo com Jacques Le Goff e Nicolas Truong (2011) no livro “Uma história do corpo na Idade Média”, a submissão da mulher compreendia uma raiz espiritual e corporal, sendo ela constantemente considerada inferior ao homem. Com a intervenção da igreja católica, quem fosse contrário a esses ensinamentos e doutrinas eram extremamente violentados e considerados hereges. Ademais, o patriarcalismo instituíam discurso que procurava inibir qualquer tipo de asserção feminina no sistema. As mulheres que se destacaram por ir de encontro com esses ideais foram encaradas como bruxas e feiticeiras, sendo julgadas, violentadas, e muitas vezes mortas.

Posteriormente, no século XVIII a Revolução Francesa ficou muito marcada na história por defender os direitos da liberdade, igualdade e fraternidade, todavia, esses ideais não favoreciam a todos, visto que as mulheres ainda não podiam dispor desses direitos. Nessa época surgiram várias pensadoras femininas, como Olympe de Gouges, que defendia a democracia, o fim da escravidão, o direito das mulheres, e as minorias. Autora da “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã” (1791), Olympe de Gouges buscou e lutou para que as mulheres tivessem uma voz ativa dentro da sociedade. Entretanto em 1793, a ativista foi morta na guilhotina, haja vista que, os revolucionários da época não aceitavam esses princípios. Diante disso, fica visível as constantes opressões que as mulheres sofriam nessa época, uma vez que, se posicionassem contrariamente à política vigente eram alvos de agressões e até mesmo morte.

Com apoio nas leis de Portugal, o Brasil colônia do século XIX continha uma lei que permitia aos homens matar sua esposa, caso essas, viessem a ser acusadas de traição. Desse modo, pode-se verificar que as leis do Estado contribuía para que as mulheres convivessem sob muita opressão e subordinação de seus maridos.

Outrossim, é necessário observar que nos conflitos armados como na primeira e segunda guerra mundial houve vários episódios de abusos sexuais contra mulheres. Durante a segunda guerra mundial, um crime que ficou muito conhecido no Japão foi o das “comfort women” (mulheres de conforto), essas mulheres eram constantemente submetidas a violências físicas, espancamentos, e principalmente empregadas e forçadas a prostituição.

Embora esses episódios tenham acontecido na Segunda Guerra, é a partir desse período que as mulheres começam a cada vez mais se inserir no mercado de trabalho. Dessa forma, na década de 1960 vários movimentos feministas surtiram efeito nos Estados Unidos e na Europa, muitas mulheres foram as ruas reivindicar seus direitos, lutando para que houvesse uma devida equiparação. No Brasil, os movimentos feministas surgiram no ano de 1970 em pleno regime militar, as mulheres buscavam o fim da



violência, igualdade salarial, o combate aos assédios e sobretudo a igualdade de oportunidades e direitos como cidadãos. No entanto, apenas em 1988 foi promulgada uma nova Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, que deu base para que o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha, o Estatuto do idoso fossem criados (MUSZKAT; MUSZKAT, 2016).

Mesmo que essas medidas tenham sido elaboradas para coibir práticas abusivas contra determinados grupos, esse processo de mudanças não atingiu toda parte da população, assim, ainda pode-se observar que existe muita violência contra as mulheres no país. O medo, a insegurança e também a desesperança, impedem muitas vezes de serem tomadas medidas protetivas e quando estas chegam, as vezes é tarde. Não obstante, a Lei Federal nº 11.340/2006 denominada como Lei Maria da Penha vem ajudando e salvando vidas de milhares de mulheres no Brasil.

2. A LEI FEDERAL Nº 11.340/2006 DENOMINADA COMO LEI MARIA DA PENHA

A Lei Federal Nº 11.340/2006 mais conhecida por Lei Maria da Penha tem como finalidade efetivar no plano infraconstitucional o preceito referido no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, que decreta ao Estado a obrigação de coibir a violência no âmbito das relações domésticas (BRASIL, 1988).

Previamente a essa Lei Maria da Penha, os casos que envolviam violência doméstica contra a mulher eram julgados pelos Juizados Especiais Criminais conforme a Lei 9099/95, por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo, exceto os casos de lesões corporais de natureza grave ou homicídios (MUSZKAT; MUSZKAT, 2016).

Posteriormente, acolhendo à recomendação da Resolução n. 52/86 da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Brasil elaborou a Lei n. 10.886/2004 que acrescentou o § 9º ao art. 129 do código penal, com o intuito de impedir os crimes de violência doméstica (JESUS, 2015), dessa forma ficou expresso que “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” (BRASIL, 2004). Apesar dessa atualização, o ordenamento jurídico brasileiro era ainda muito escasso em relação as leis de proteção da violência doméstica contra a mulher, dessa forma em 2006 foi criada a Lei 11.340 que instituiu progressos inovadores para os direitos humanos.

Esta lei foi criada em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica bioquímica cearense, que foi casada com o professor colombiano Marco Antônio Heredia Viveros, que no ano de 1983, foi vítima de uma tentativa de homicídio pelo próprio marido. Enquanto dormia foi atingida por um projétil de arma de fogo que a deixou paraplégica. Após seu retorno e o período de recuperação, foi mantida em cárcere privado por 15 dias e quase foi eletrocutada enquanto tomava banho. Depois de constatado pela Secretaria de Segurança que Marco Antônio era o responsável pelas tentativas de homicídios, Maria da Penha começou sua luta para que uma justiça fosse feita. Seu caso ganhou reconhecimento internacional da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), que denunciou o Brasil pela ineficácia em aplicar as medidas necessárias e tornar mais célere a punição do agressor. Apenas no ano de 2002, após 19 anos e 6 meses depois, o agressor foi oficialmente condenado (SEIXAS; DIAS, 2013). Assim, em 2006 a Lei Maria da Penha foi sancionada com o objetivo de assegurar as mulheres um meio adequado de prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher.



Conforme a Lei Maria da Penha no art. 5º, o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher é: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006).

A lei é direcionada a qualquer mulher, podendo ser aplicada a crianças e adolescentes, a medida protetiva que visa amparar e garantir através do poder públicos os direitos humanos da mulher no âmbito doméstico e familiar, salvaguardando-lhe a honra e dignidade humana que por muito tempo lhe foi sonegada pelo Estado brasileiro.

De acordo com a Lei 11.340/2006, podem ser verificados cinco diferentes tipos de violência contra a mulher, a violência física, psicológica, sexual, patrimonial, e a moral.

A violência física é evidenciada por qualquer ação que venha ferir a integridade ou a saúde corporal da mulher. Essa violência é exercida por meio do uso de força física do agressor, de modo não acidental, que pode ocasionar lesões externas e internas na vítima. Pode consistir em atitudes como tapas, socos, empurrões, chutes, mordidas, queimaduras, asfixia, obrigar ou impedir a ingestão de medicamentos desnecessários como álcool, drogas, e até mesmo alimentos.

A violência psicológica é muito subjetiva e difícil de ser identificada posto que, muitas vezes há uma inobservância, negligência da mulher de constatar que está sendo vítima desses casos. Pode ser compreendida como qualquer ação que afeta o estado psíquico e emocional da mulher, assim como é toda ação ou omissão que tem por objetivo causar lesão à autoestima, à identidade, ou ao desenvolvimento dela. A violência psicológica pode acontecer de diversas formas como, expor a mulher a circunstâncias humilhantes, ofendê-la verbalmente, fiscalizar o que deve vestir, chantagear, manipular, criticar, ameaçar, controlar o direito de ir e vir, impedir que estude ou trabalhe, assim como qualquer outro meio que desestabilize a autoconfiança (BRASIL, 2006).

A violência sexual compreende qualquer ato que por meio do uso de força física, constrangimento, ou intimidação, ordena a mulher a presenciar ou participar de relação sexual contra a sua vontade. São vários os casos em que ocorre violência sexual como o estupro, abuso sexual de crianças, assédio sexual, compelir um aborto ou à prostituição (BRASIL, 2006).

A violência patrimonial acontece quando o agressor retém, subtrai ou destrói os bens particulares da vítima, documentos pessoais, instrumentos do trabalho, valores, causa danos aos animais de estimação, controla o dinheiro da vítima, e quando deixa de pagar a pensão alimentícia ou algum provimento básico para manutenção da família (BRASIL, 2006).

Violência moral é caracterizada por atos que configure calúnia, difamação ou injúria contra a vítima, essas figuras estão descritas como crime nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. A calúnia ocorre quando o agressor atribui falsamente algum fato criminoso, como por exemplo, falar que a mulher cometeu um crime de furto no qual não cometeu. Já a difamação verifica-se quando o agressor atribui algum fato que fira a reputação da vítima, por exemplo, comunicar a um terceiro que a mulher está devendo algum dinheiro. A injúria significa a atribuição de alguma característica negativa a mulher, ofende a dignidade subjetiva da pessoa, como por exemplo chama-la de ladra e imbecil. Diferentemente dos outros crimes analisados, esse não há uma necessidade que terceiros tomem consciência da acusação ofensiva.

Pelo exposto acima, os principais tipos de violência contra a mulher estão descritos, contando ainda, as violências de caráter subjetivo, cuja descrições são sempre mais escorregadias e de difícil interpretação. Ainda assim, salvo melhor juízo, conclui-se



que o legislador conseguiu abranger de forma simples as principais formas de violência contra a mulher, que permeiam o cenário brasileiro.

A lei Maria da Penha estabelece que os registros de violência doméstica contra as mulheres devem ser investigados por meio de inquérito policial e após isso ser remetido ao juiz e ao Ministério Público (BRASIL, 2006). Assim sendo, essa lei cria os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para que os crimes sejam julgados, já no caso das cidades que ainda não foram estruturados esses juizados, a vara criminal será a responsável por julgar o crime. Ademais, esses juizados poderão ser acompanhados pela inserção de outros mecanismos no âmbito nacional, estadual e municipal, os centros especializados de atendimento à mulher, casas-abrigo, casas de acolhimento provisório, delegacias especializadas, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, centros de educação e reabilitação (BRASIL, 2006). Dessa forma, estes serviços auxiliam as mulheres no combate da violência doméstica, e amparam o agressor com a reabilitação e os centros de educação.

No dia 3 de abril deste ano, o presidente Jair Bolsonaro sancionou a lei 13.984/2020 que altera o rol do artigo 22 da lei 11.340/2006 e estabelece a medida protetiva de urgência que pode obrigar o agressor a comparecer em programas de recuperação e reeducação, além de obter acompanhamento psicossocial (BRASIL, 2020). Desse modo, o agressor tem uma oportunidade de melhorar o comportamento para que possa conviver de uma maneira mais saudável na sociedade.

O Instituto Maria da Penha dispõe acerca do ciclo da violência que apresenta três principais fases. A fase da tensão é observada quando o agressor começa a ficar mais tenso e nervoso por coisas irrelevantes do cotidiano. Podem acontecer, crises de ciúmes, destruições de objetos e ameaças a mulher. A vítima por sua vez, tende a amenizar e tranquilizar as coisas para que o agressor fique menos irritado. Estes fatos podem ficar cada vez mais recorrentes o que acaba levando para segunda fase.

A segunda fase, denominada ato de violência, é marcada pelo início das agressões físicas, verbais, psicológicas, patrimoniais ou morais. É um momento em que a vítima propende a ter crises de ansiedade, pânico, aflição e raiva.

A terceira fase, a dos arrependimentos e comportamentos carinhosos ocorre quando o agressor pede desculpas e tenta se reconciliar com a vítima, se mostrando carinhoso e afirmando que nunca mais cometerá o erro novamente, assim, muitas vezes a mulher fica compelida com a preservação de seu relacionamento e não denuncia o agressor. Enfim, as tensões retornam, bem como, a fase 1.

Esse ciclo é identificado por ter uma continuidade no tempo, sendo que cada fase pode durar diferentes períodos de tempo. Lembrando que apesar desse ciclo servir como base para constatar a violência, não é uma regra geral, podendo ocorrer de outros diferentes modos.

Em uma sociedade onde a cultura machista ainda está muito presente no ambiente doméstico, a Lei Maria da Penha serve de exemplo para que as mulheres tenham os direitos adquiridos. Essa lei é um importante mecanismo, pois garante um maior amparo às mulheres vítimas de violência doméstica.

3. ASPECTOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL

Mesmo com o advento da Lei 11.340/2006, a violência doméstica é ainda muito presente na vida da sociedade brasileira, sendo esse um problema de extrema gravidade para mulheres que buscam a igualdade das relações e um pleno desenvolvimento social.



Verifica-se que a violência doméstica vem tirando a vida de diversas pessoas diariamente, sendo assim, Seixas e Dias (2013, p. 7), apontam indicadores que mostram o porquê de estar a violência doméstica entre os principais problemas sociais.

Ainda que não seja uma verdade sabida por todos, como é a mortalidade por câncer e por doenças cardiovasculares, a mortalidade por violência, no nosso país, hoje, fica entre as principais causas de sofrimentos, invalidez e mortes precoces. No que diz respeito às ocorrências de acidentes e violência no domicílio, todos nós já temos consciência de sua frequência, gravidade e inúmeras consequências diretas sobre as pessoas atingidas e sobre as pessoas que as cercam, comprometendo, de modo prolongado e limitador, a qualidade de vida, quando não a própria vida das pessoas.

Destarte, pode-se concluir que a violência doméstica é um problema social que deve ser corrigido, tendo em vista que está entre as principais causas de mortalidade no país e que ostenta muita angústia e desrespeito às mulheres.

Conforme a instituição relógio da violência, um órgão vinculado ao Instituto Maria da Penha, a cada dois segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal no Brasil. Ademais, esse projeto apresenta informações acerca dos diferentes tipos de violência doméstica elencados na lei, que aborda as formas de prevenção e combate, tais como a denúncia e assistência.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos divulgou um documento expondo que no ano de 2019 as infrações mais recorrentes registradas pela Central de Atendimento à Mulher no número 180 foram as de violência doméstica e familiar que resultou num percentual de 78,96% dos registros, além disso foi constatado que na maioria desses registros o agressor tem ou tinha alguma relação de afetividade com a vítima.

Não obstante os dados acima já serem bem preocupantes, o momento em que o mundo vive agora torna-se ainda mais delicado pois a pandemia causada pela covid-19, uma doença respiratória seriamente transmissível, fez com que houvesse um isolamento social da população para que ajudasse no combate desse vírus. Entretanto para muitas mulheres a permanência em suas casas nem sempre significa um ambiente saudável e agradável, já que muitas delas enfrentam a violência doméstica nos domicílios. Neste momento de confinamento o ambiente pode ficar mais suscetível a discussões e desacordos que nem sempre serão resolvidos por meio da comunicação.

O chefe da ONU, António Guterres, fez um alerta sobre o aumento dos casos de violência doméstica contra mulheres e meninas no período imposto pela quarentena em vários países. Dessa forma, a ONU orienta para que os países tomem medidas para combater esse problema social, tais como os serviços online, instituição de sistemas de emergência em farmácias e mercados, abrigos para vítimas e aumentar as campanhas de conscientização.

No Brasil, o isolamento social acirrou a questão da violência, pois a ela sobrepõe-se aspectos econômicos e sociais sobremaneira fragilizados, tendo em vista que o país não apresenta índices econômicos iguais aos de países de primeiro mundo.

Desde o início da pandemia os casos de feminicídio e violência contra a mulher vem aumentando em vários estados brasileiros. Conforme o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, durante a quarentena o índice de feminicídio no Brasil teve um aumento de 22% dos casos. Dessa maneira, é necessária uma ampliação das medidas e meios para que as vítimas possam denunciar o agressor.



O Ministério Público de São Paulo divulgou no dia 13 de abril que em março houve um aumento de 29% das medidas protetivas em caráter de urgência em relação ao mês anterior, assim como os casos de prisões em flagrante por violência doméstica aumentaram 51% após o começo do novo coronavírus. Ademais, o relatório publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública relatou que em São Paulo houve um aumento de 44,9% dos atendimentos feitos pela polícia militar, passando de 6.775 para 9.187 na comparação entre março de 2019 e março de 2020.

Observa-se que pelo fato de muitas pessoas estarem isoladas nos domicílios, ocorrerá uma diminuição no número de denúncias feito em caso de violência doméstica, dessa forma, a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo liberou o serviço da delegacia para atendimento online dos casos de violência doméstica na quarentena. À vista disso, não será mais necessário sair do domicílio para fazer a denúncia do agressor.

No estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça Estadual informou que houve um aumento de 50% dos casos de violência doméstica contra a mulher após o início do isolamento social. Com o intuito de agilizar o atendimento das vítimas de violência doméstica no período de quarentena, os sete Juizados de Violência Doméstica e Familiar do Rio de Janeiro estão atendendo em regime especial. Assim, será mais célere o processo para que a vítima denuncie o agressor e tenha as medidas protetivas adquiridas. Além disso, os órgãos públicos que fazem parte da rede de combate à violência doméstica estão ampliando os meios de comunicação e aprimorando os fluxos de trabalho para que as vítimas tenham as demandas atendidas com mais celeridade.

Em Santa Catarina, os registros de violência doméstica caíram 29% nos meses de março e abril, visto que o isolamento social dificulta a mulher realizar a denúncia. Sendo assim, a polícia civil reforçou e ampliou a publicidade dos canais de comunicação que consistem em receber denúncias por meio do site da polícia civil, delegacia eletrônica, *whatsapp*, e o disque denúncia 181. A vista disso, tanto a vítima que está sofrendo violência doméstica como terceiros que tenham conhecimento do caso, poderão estar fazendo o uso desses canais para requisitar assistência e proteção.

Neste ano de 2020, o estado do Paraná promulgou a Lei 20.145 que obriga todos os condomínios residenciais e comerciais informar os órgãos de segurança pública quando houver em seu interior qualquer ocorrência e evidências de violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças, adolescentes ou idosos. Caso o condômino descumpra a lei, esta poderá implicar em advertência ou até mesmo multa. A lei 20.145 se faz extremamente necessária não apenas no estado do Paraná, mas também em todo o território nacional (PARANÁ, 2020).

Em todo o âmbito nacional, os estados estão ampliando o número de medidas para que os direitos das vítimas sejam resguardados em casos de agressões e violências. A título de exemplo, foi criado o projeto justiceiras, uma rede de apoio que reúne diferentes voluntárias, para dar apoio às mulheres vítimas de violência doméstica em todo o âmbito nacional. Esse projeto faz parte da iniciativa de uma promotora de justiça do estado de São Paulo que através do envio de uma mensagem por *whatsapp*, receberá um formulário para preencher e o enviará à rede de mulheres que estão à disposição para receber o pedido de ajuda, assim como fornecer apoio jurídico e psicológico.

O Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros criaram outra medida essencial para atender as vítimas em todo o âmbito nacional; é a campanha “Sinal Vermelho Para a Violência Doméstica”, anunciada no dia 10 de junho, agora as mulheres poderão ir a farmácias pedir socorro, basta fazer um X na palma da



mão e mostrar ao atendente que este entenderá se tratar de uma situação de risco e acionará o canal de emergência 190.

Finalmente, considerando o aumento das ferramentas protetivas acima elencadas, verifica-se com satisfação uma melhoria no combate à violência contra a mulher, porém, entendendo que a solução definitiva demandará ainda esforços futuros à grande monta.

3.1 Argentina

Na Argentina, os números de casos de vítimas da violência doméstica também tiveram um aumento em decorrência do período de isolamento social. Desde o dia 20 de março quando foram adotadas as medidas de isolamento, foi registrado um crescimento de 22% nas denúncias telefônicas sobre violência contra a mulher. Durante o período também foi divulgado que uma mulher foi vítima de feminicídio a cada 26 horas no país.

A ministra das Mulheres, Gênero e Diversidade da Argentina tem elaborado novas ações para suprimir o crescimento dessa violência no país, uma das iniciativas é considerar os casos de violência de gênero como “situações de força maior”, dessa forma essas ocorrências passaram a ter preferência nos atendimentos. Além disso, o Ministério criou um aplicativo para que as pessoas possam se informar e receber indicações de como proceder em caso de violência, e por fim o Ministério firmou uma parceria com instituições universitárias para disponibilizar alojamentos às vítimas que necessitarem de algum abrigo durante o isolamento.

O Ministério das Mulheres, Gênero e Diversidade e a confederação farmacêutica do país adotaram a campanha “Barbijo Rojo”, importada da Espanha, que serve como um código para que as vítimas de violência doméstica possam pedir socorro. O projeto consiste no pedido de uma máscara vermelha por ligação na farmácia, que representará como um sinal para que o farmacêutico saiba que a pessoa está precisando de ajuda, dessa forma a orientação é que diga que está em falta e peça os dados da vítima para que possa fazer um protocolo e denunciar os fatos pelo número oficial de denúncias da Argentina.

As mulheres que estão e estiveram isoladas em casa com os agressores estão sofrendo ainda mais abusos diante do cenário mundial, muitas vezes sequer conseguem pedir ajuda, dessa maneira, as vítimas de violência terão melhores mecanismos para poder denunciar o agressor e garantir que os direitos humanos sejam adquiridos.

3.2 Estados Unidos

Com o isolamento social que começou no dia 16 de março nos Estados Unidos da América, o país também começou a apresentar mais casos de violência doméstica. Segundo o relato da Linha Nacional de Violência Doméstica houve um crescimento de 12% dos casos nos meses de março a maio.

Apesar de que muitos estabelecimentos se manterão fechados para conter o alastramento do vírus, as vítimas ainda podem buscar ajuda em abrigos, assim como o “National Domestic Violence Hotline Website” inclui números de emergência para contato, e informações acerca da violência doméstica.

3.3 França

Na França o isolamento social que começou no dia 17 de março, o governo anunciou um aumento de 32% das denúncias de abusos domésticos comunicados a



polícia do país, somente em Paris houve um aumento de 36% após as limitações causada pela covid-19.

O governo francês estabeleceu uma medida para ajudar os indivíduos que venham a sofrer violência doméstica no país, dessa forma, passou a disponibilizar quartos de hotéis para que as vítimas possam se deslocar dos domicílios e serem acolhidas num espaço mais adequado. Além disso, as vítimas poderão pedir ajuda em vários estabelecimentos no país.

Diante do isolamento social, torna-se mais complicada a situação, visto que as várias restrições impostas complicam o deslocamento da população. Assim, as ações propostas pelo governo facilitam o amparo da mulher e a eficácia dos direitos.

3.4 Itália

O isolamento social na Itália teve início no dia 9 de março e desde então apresentou sinais elevados nos casos de agressões doméstica do país. A ministra da Família e da Igualdade de Oportunidades relatou que no mês de março houve um aumento de 6,86% nas denúncias telefônicas comparado ao mesmo mês no ano de 2019. Já em abril os casos tiveram um aumento de 161,71% em relação à 2019.

Devido à dificuldade de as vítimas relatarem o que está ocorrendo nos domicílios, o governo italiano e as ONGs estão se reunindo para que campanhas sejam lançadas, dessa forma, notificaram sobre os centros antiviolência, aplicativo de assistência e números de contatos para denúncias.

O número da violência doméstica que vem subindo em vários países mostra a efetiva situação de um mundo onde a desigualdade prevalece. Por consequência, essa barreira ainda está longe de ser resolvida, entretanto, essas ações estabelecidas são de extrema importância para que as vítimas se sintam amparadas.

4. DESEQUILÍBRIOS NO AMBIENTE FAMILIAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Na sociedade, muitas pessoas vivem a ilusão de tentar encontrar o par perfeito, sua “alma gêmea”, aquele que será o cônjuge ideal e que, lhe completará sua existência (MUSZKAT; MUSZKAT, 2016). Entretanto, muitos não percebem que a vida é uma série de mudanças, tal como, aquele indivíduo conhecido há anos atrás, hoje essa pessoa pode ser totalmente diferente, posto isso, é observado que muitos vivem presos à uma idealização de que as coisas serão sempre constantes e duráveis.

Os contos de fadas, por exemplo, trazem essa realidade com a tão famosa frase “e viveram felizes para sempre”, isso faz com que as crianças imaginem que não importa o que acontecer, o final de uma história de amor sempre terá um desfecho feliz. Contudo, a maioria dessas histórias não apresentam a ideia de personagens mais complexos, que incorporem outras personalidades, e de mulheres que obtenham um final feliz sem a necessidade de se submeter a um vínculo ou conquista do par ideal.

Deve-se ter em mente que a impermanência é uma realidade inevitável na vida dos seres humanos, logo, aquela ilusão dos finais de contos de fadas deve ser refletida nas histórias que a vida real proporciona. Todos estão sujeitos a decepções e frustrações do dia a dia, assim, seria uma ilusão acreditar que uma pessoa sempre se manterá estável ao longo do tempo, até porque todos os indivíduos são circundados pela imperfeição humana.

Portanto, toda vez que alguém se depara com uma decepção, esta pode ser sentida como uma afronta ou um sentimento de desilusão, assim, deparam-se com uma pessoa totalmente diferente da qual costumava conhecer, porém, é preciso considerar



que esta pessoa com quem se conviveu por 10 ou mais anos, já não é mais a mesma por uma série de razões, uma vez que, todos estão sujeitos a obstáculos, desafios, e dificuldades, possibilitando, então, uma transformação pessoal, na qual um, já não reconhece o outro, gerando ali um conflito de ideias, cuja solução, será de difícil conciliação.

Nada obstante, as violências domésticas e os conflitos entre famílias, sempre podem ser melhorados principalmente dentro de uma visão holística que leva em consideração o todo e não apenas as partes. Partindo desse raciocínio, é preciso considerar a influência que exerce o ambiente sobre os humanos. Neste sentido o biólogo Lipton (2005, p. 62) aduz que:

Toda vez que estabelecia um ambiente mais propício para a cultura de células elas se tornavam mais resistente. Mas se algo no ambiente não era favorável, elas logo se enfraqueciam. Bastava fazer alguns ajustes para tornar o ambiente mais propício e elas voltavam a se revitalizar.

Isto mostra que mesmo nas pesquisas realizadas pelo campo da biologia, as consequências são as mesmas para várias áreas dos aspectos humanos. Diante disso, verifica-se o papel preponderante que o ambiente interno exerce sobre o emocional humano. Quanto melhor forem os estímulos, melhor será o ambiente de convívio. Este fato abordado pelo Lipton traz várias semelhanças ao mencionado ciclo da violência, isto é, quando se faz ajustes no ambiente, tornando-o equilibrado, saudável, e harmonioso, tem-se melhores resultados, e quando o ambiente se torna um meio cheio de brigas e discórdias, este tende a enfraquecer podendo ocasionar distúrbios e o adoecimento da vítima. Entretanto, na violência doméstica o agressor vai cada vez mais criando barreiras difíceis de desconstruir, e que no fim pode levar ao feminicídio.

Assim, vê-se que a ciência pode apoiar a vida humana através de experimentos científicos demonstrando a conexão que existe tanto no macro como no microsistema. Outros experimentos da ciência, através de um novo enfoque, também corroboram para que se atentem às condições internas do ambiente.

O escritor japonês Masaru Emoto (2010) demonstrou através de experiências o poder que os pensamentos, palavras, emoções e músicas representam nas estruturas moleculares da água. Para demonstrar seu estudo, separou a água em placas petri e a partir disso proferiu palavras de carinho como “obrigado”, e palavras negativas como “eu te odeio”, após um tempo, foi observado uma transformação nestas moléculas de água, a que recebeu mensagens positivas formou cristais atraentes e delicados, e a que recebeu palavras negativas apresentou uma forma totalmente distorcida.

À vista disso, o corpo humano, que é composto em média por 70 e 75% de água, é extremamente suscetível às mensagens negativas e positivas, e isto coincide com as experiências de Lipton que diz exatamente a mesma coisa. Quando se tem um ambiente saudável, a tendência é de que haja um certo equilíbrio entre as partes constituintes.

A partir destes estudos científicos, tem-se no ambiente doméstico um notável laboratório humano onde os testes confirmam; as mulheres são alvos e tornam-se vítimas praticamente indefesas desse sistema, afetando a médio e longo prazo a integridade biopsicossocial, e que pode ser manifestada por meio da depressão, ansiedade, bipolaridade, uso de entorpecentes, tensões musculares, bem como pode resultar em suicídio.

Para Bianchini (2016, p.18):



Essas mulheres vítimas merecem ser ajudadas em reflexão sobre sua situação no mundo e sua subjetividade. Elas precisam compreender o processo de violência e, a partir dessa consciência, tomar a sua decisão (manter o relacionamento agressivo, buscar auxílio para superar o ciclo de violência, ou afastar-se, definitivamente, do agressor). Agora, isso não é uma questão de caráter pessoal. Qualquer opção deve ser efetivada com a mulher em situação de segurança de sua saúde, integridade física, psíquica, moral, sexual e patrimonial, dentre outras.

Diante do exposto, é imprescindível que tenha recursos e assistências para lidar com o contexto da violência, considerando que este fenômeno social provoca diversos malefícios na estrutura humana, para isso, os profissionais da psicologia estão presentes nos mais variados contextos de atuação para contribuir com a saúde mental dos pacientes. Ademais, neste momento, é de suma importância as políticas públicas que visem auxiliar as mulheres na defesa da integridade e dignidade, buscando-se aumentar o conjunto de defesas dos direitos, com amparo do estado.

Com referência aos postulados da ciência, pode-se arguir que este auxilia a entender os mecanismos da vida que transcorrem de forma similar, tanto na parte, como no todo. Percebe-se que sempre será preciso alcançar o equilíbrio entre as partes, como forma de manter uma relação saudável no ambiente onde não deverá haver fraquezas que possam colocar em risco a saúde dos entes.

CONCLUSÃO

O objetivo desse artigo consistiu em examinar ainda mais os resultados que a violência deixou ao longo do tempo. Como observado, os períodos históricos tiveram grande influência para o desenvolvimento da atual sociedade, ou seja, uma sociedade onde a desigualdade de gênero prevalece em muitas áreas, como nos emprego e domicílios. Além disso, restou claro que quando uma entidade familiar passa mais tempo reunida, esta tende a ficar sujeita a discussões e desentendimentos, o que contribui para a eclosão da violência doméstica nos Estados.

Atualmente, um dos recursos mais utilizados é a Lei Maria da Penha (Lei n 11.340/2006), que caracteriza todas as formas de violência contra a mulher, como também pressupõe a criação de serviços especializados; as instituições de segurança pública e assistências sociais. Assim, a mencionada legislação surgiu como um recurso para tal contratempo enfrentado pela sociedade. Contudo, o período de calamidade pública demanda mais medidas a serem feitas com o intuito de ampliar para toda população meios mais rápidos e eficazes de controle da violência.

Como resultado, foi observado que após os índices alarmantes, o Estado intensificou e fortaleceu as medidas para que as vítimas se sentissem mais amparadas diante do momento. Embora criadas para coibir o crescimento da violência no período de isolamento social, chega-se à conclusão que estas providências são necessárias durante todos os períodos e anos, pois é inegável que fortalece a autonomia da vítima.

Por fim, no último capítulo, é constatado de acordo com pesquisas, que um ambiente saudável é um excelente contribuinte para a resistência dos entes, já um ambiente desestabilizado e doente, favorece o surgimento de infortúnios à vida humana.

A violência doméstica é um fato que vai perdurar por muitos anos no meio social, desse modo, a partir do aprimoramento de leis, medidas e uma maior conscientização da população sobre o assunto, poderá haver um decréscimo na violência contra a mulher no decorrer dos anos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Gazeta. Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia. **A Gazeta**, 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/brasil/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-0620>. Acesso em 15 de jun. 2020.

AUN, Heloisa. Projeto acolhe vítimas de violência doméstica na quarentena. *Catraca Livre*, 2020. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/projeto-acolhe-vitimas-de-violencia-domestica-na-quarentena/>. Acesso em 15 de jun. 2020.

BASSAN, Pedro. Casos de violência doméstica no RJ crescem 50% durante confinamento. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/23/casos-de-violencia-domestica-no-rj-crescem-50percent-durante-confinamento.ghtml>. Acesso em 16 de jun. 2020.

BATTISTELLA, Clarissa. Denúncias de violência doméstica caem 65% em SC em quarentena do coronavírus; polícia redobra atenção. **NSC Total**, 2020. Disponível em: <https://www.nscotal.com.br/noticias/denuncias-de-violencia-domestica-caem-65-em-sc-em-quarentena-do-coronavirus-policia>. Acesso em 16 de jun. 2020.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de jun. 2020.

BRASIL, Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.886%2C%20DE%2017%20DE%20JUNHO%20DE%202004.&text=129%20do%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,Art. Acesso em: 29 de jun. 2020

BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 de jun. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.984**, de 3 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13984.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.984%2C%20DE%203,de%20reabilita%C3%A7%C3%A3o%20e%20acompanhamento%20psicossocial. Acesso em 17 de jun. 2020.

DELBONI, Carolina. Quarentena sim, violência não. **E mais**, 2020. Disponível em: <https://emais.estadao.com.br/blogs/kids/quarentena-sim-violencia-nao/>. Acesso em 14 de jun. 2020.

ESTANISLAU, Priscila. A luta das mulheres por direitos na revolução francesa. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <https://admpriscilars.jusbrasil.com.br/artigos/640623268/a-luta-das-mulheres-por-direitos-na-revolucao-francesa>. Acesso em 6 de jun. 2020.



Fórum Segurança. Violência doméstica durante a pandemia de covid-19. **Fórum Segurança**, 2020. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf> . Acesso em: 14 de jun. 2020.

Gov. Balanço Ligue 180: violência doméstica e familiar é a mais recorrente. **Gov**, 2020. Disponível em:

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/balanco-ligue-180-violencia-domestica-e-familiar-e-a-mais-recorrente> . Acesso em: 14 de jun. 2020.

G1. França colocará vítimas de violência doméstica em hotéis após salto em números de casos. **G1**, 2020. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/30/franca-colocara-vitimas-de-violencia-domestica-em-hoteis-apos-salto-em-numeros-de-casos.ghtml> . Acesso em 16 de jun. 2020.

Isto É. Denúncias de violência doméstica explodem na Itália. **Isto É**, 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/denuncias-de-violencia-domestica-explodem-na-italia/> . Acesso em: 16 de jun. 2020.

JESUS, Damásio. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KAWANAMI, Sílvia. Marasu Emoto – A mensagem da água. **Japão em Foco**, 2014. Disponível em:

<https://www.japaoemfoco.com/masaru-emoto-a-mensagem-da-agua/> . Acesso em 25 de jun. 2020.

LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. Uma história do corpo na Idade Média. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006

LIPTON, Bruce H. A biologia da crença: ciência e espiritualidade na mesma sintonia: o poder da consciência sobre a matéria e os milagres. 1. ed. São Paulo: Butterfly, 2007.

MAGALDI, Thiago. Resenha: O conto da Aia, de Margaret Atwood. Beco Literário, 2019. Disponível em: <https://becoliterario.com/resenha-o-conto-da-aia/> . Acesso em: 08 de jun. 2020.

MAZZI, Carolina. Violência doméstica dispara na quarentena: como reconhecer, proteger e denunciar. O Globo, 2020. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-proteger-denunciar-24405355> . Acesso em: 14 de jun. 2020

MUSZKAT, Malvina; MUSZKAT Susana. Série O que fazer? Violência familiar. 1. ed. São Paulo: Blucher, 2016.



Nações Unidas. Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus. Nações Unidas, 2020. Disponível em; <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 13 de jun. 2020.

NOVAES, Tereza. Subnotificação de violência doméstica preocupa e SP libera B.O online. Uol, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/02/subnotificacao-de-violencia-domestica-preocupa-e-sp-libera-bo-online.htm> Acesso em 14 de jun. 2020

OLIVEIRA, Renata. Proteção às mulheres contra a violência doméstica na pandemia. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326960/protecao-as-mulheres-contr-a-violencia-domestica-na-pandemia>. Acesso em 15 de jun. 2020.

PARANÁ, **Lei nº 20.145**, de 5 de março de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390441> . Acesso em: 15 de jun. 2020.

PEREIRA, Júlia. Ministra feminista foca no combate à violência doméstica na Argentina. **Observatório do terceiro setor**, 2020. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/ministra-feminista-foca-no-combate-a-violencia-domestica-na-argentina/>. Acesso em 16 de jun. 2020.

PINATI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. *Histórica*, 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/> Acesso em: 12 de jun. 2020.

PORTO, Pedro. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2014.

Psychology Today. 5 Steps to Prevent Domestic Violence During Quarantine. **Psychology Today**, 2020. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/why-bad-looks-good/202004/5-steps-prevent-domestic-violence-during-quarantine>. Acesso em: 17 de jun. 2020.

RODRIGUES, Elizângela. Violência doméstica contra a mulher. *Âmbito Jurídico*, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-155/violencia-domestica-contr-a-mulher/> . Acesso em: 11 de junho. 2020.

SALDANHA, Núria; HENRIQUE, Fernando. Violência contra mulheres aumenta nos EUA em período de isolamento social. **CNN Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/05/22/violencia-contr-a-mulheres-aumenta-nos-eua-em-periodo-de-isolamento-social>. Acesso em: 16 de jun. 2020.

SANTOS, Eurico et al. Lei Maria da Penha perguntas e respostas. **Mulheres**. Disponível em:



http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/Cartilha_LeiMariadaPenha_PerguntaseRespostas_SenadoFederal.pdf. Acesso em 13 de jun. 2020.

SEIXAS, Maria Rita; DIAS, Maria Luiza. **A violência doméstica e a cultura da paz**. 1. ed. São Paulo: Santos, 2013.

SOUSA, Rainer. Mundo feminista. **Mundo educação**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/movimento-feminista.htm>. Acesso em 11 de jun. 2020.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O socorro na palma da mão. **TJRJ**, 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7304334>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rede de enfrentamento à violência doméstica pretende otimizar atendimento às vítimas. **TJRJ**, 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7123273>. Acesso em 15 de jun. 2020.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Vítimas de violência doméstica da capital têm atendimento especial durante toda a quarentena. **TJRJ**, 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7130372>. Acesso em 15 de jun. 2020.



DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Indalécio Robson Paulo Pereira Alves da Rocha¹

Resumo: o objeto de estudo deste artigo é a relação que o positivismo jurídico clássico e o positivismo normativista de Kelsen possuíram com o denominado e atual pós-positivismo jurídico. O problema da pesquisa está na necessidade de compreensão do pós-positivismo em seu contexto embrionário para assim criar condições para melhor entendimento de sua configuração em tempos mais atuais, pela razão de que se trata ainda de um conceito controverso. A importância de aprofundamento do entendimento sobre tal conceito se concretiza tanto numa dimensão teórica, quanto e principalmente, numa dimensão prática, pois é o fundamento de um modo de pensar jurídico que reflete o modo operacional da comunidade jurídica brasileira atual, especialmente no que diz respeito à interpretação e decisão jurídicas. Tendo como hipótese que os estudos do positivismo clássico e normativista e o pós-positivismo possuem alguma relação lógica ou causal, tanto epistemológica, quanto histórica, o objetivo deste estudo foi apresentar, de alguma maneira, como isso ocorreu. Conclui-se que o positivismo clássico por um lado, e o normativista kelseniano, por outro, criaram condições epistemológicas para o início histórico das discussões sobre o pós-positivismo, principalmente na sua relação com os temas da justiça, ética e moral.

Palavras-chave: Kelsen. Positivismo Normativista. Teoria Pura do Direito. Pós-positivismo.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto de estudo a relação existente entre o positivismo jurídico (o clássico e o normativista, de Kelsen) e o pós-positivismo, no que diz respeito às condições criadas por aquele para surgimento dessa corrente jusfilosófica que atualmente tem grande repercussão na prática jurídica, inclusive brasileira. Após a segunda guerra mundial, todas suas atrocidades contra a humanidade e o esgotamento de um modelo jurídico mental moldado nos parâmetros de um positivismo jurídico que privilegiava a formalidade e a força bruta da coerção, o mundo buscou novas concepções de direito para legitimar sua existência. O pós-positivismo em seu ideal é considerado como um avanço em relação ao positivismo jurídico, implicando diversas discussões relacionadas ao (neo)constitucionalismo, democracia, direitos fundamentais e principalmente formas de operacionalização do ordenamento jurídico (regras, princípios e postulados).

Nessa conjuntura de pesquisa, o problema central para andamento das atividades foi considerado como a necessidade de compreensão do pós-positivismo em seu contexto embrionário para assim criar condições para melhor entendimento de sua apresentação em tempos mais atuais, pela razão de que se trata ainda de um conceito controverso. Em resumo, buscou-se uma visão panorâmica histórica, sem desviar de aspectos ideológicos-doutrinários, para analisar o desenrolar do tempo entre as correntes do positivismo jurídico em geral e o pós-positivismo e identificar qual o ponto de relação entre as correntes. De antemão se informa que esse artigo considera que tal ponto representa uma transição entre um pensamento e outro, e não uma verdadeira ruptura.

A busca pelas condições iniciais de desenvolvimento do denominado pós-positivismo é necessária para conseguir mapear o desenvolver do pensamento jurídico e identificar distorções entre a proposta embrionária e os moldes atuais de tal corrente, especialmente nas influências sobre a operacionalização jurídica. Do ponto de vista teórico, o pós-positivismo pode servir de base ou justificação para concepções ideológicas das mais diversas. Do ponto de vista prático, a sua importância se dá principalmente no dia a dia forense, em que a prática do direito percebe comportamentos justificados com postulados ou axiomas dessa corrente, mas que nem sempre se apresentam juridicamente adequados gerando falácias ou incoerências em relação a vida pessoal.

1. Advogado. E-mail: indalecio.rocha@catolicasc.org.br.



Seja de um ponto ou de outro, o aprofundamento de tal conceito por meio de sua análise no período histórico de transição entre modelos de pensamento é importante do ponto de vista teórico e prático.

Para que isso fosse possível, a partir de Bobbio (autor que possuiu alta proximidade com o tema do positivismo jurídico em geral) esse artigo foi estruturado em três principais seções: a) positivismo jurídico clássico com foco em seu desenvolvimento histórico, dando maior atenção a aspectos concretos da história; b) o desenvolvimento dos postulados teóricos do positivismo jurídico clássico e, c) análise específica dos postulados teóricos do positivismo normativista de Kelsen. Essa última seção aborda em específico as razões que deram condições epistemológicas mais concretas para o surgimento embrionário do pensamento aqui apresentado de pós-positivista, principalmente em sua vertente hermenêutica.

Como se pode notar nenhuma seção específica é dedicada a aprofundar a corrente do pós-positivismo e, evidentemente, isso não seria possível de ser feito nesse curto espaço, com a finalidade que esse texto possui. A proposta de estudo deste artigo é especificamente adentrar nas razões iniciais (condições de) para surgimento do “pós-positivismo”. Tal perspectiva foi enfrentada no decorrer da apresentação dos estudos, concluindo-se que a busca de segurança jurídica pelo positivismo jurídico clássico e o positivismo jurídico normativista de Kelsen, negando a ética e a moral por serem subjetivos, deram bases epistemológicas para início das reflexões embrionárias do pós-positivismo.

1. AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 Uma visão a partir de Norberto Bobbio

A história do positivismo jurídico é de discussão dualista, isso porque de forma direta ou indireta, sempre esteve contraposta a do jusnaturalismo. No período clássico da história, já em Platão² e Aristóteles³, podia ser verificada a distinção conceitual entre

2. A referência que Bobbio faz a Platão remonta à obra Timeu. Em seu livro Bobbio faz uma citação indireta a um comentário do filósofo neoplatônico Calcídio sobre a obra de Platão, donde retira a referência a dicotomia positivismo/jusnaturalismo. Analisando o diálogo escrito por Platão (2011) onde conversam Sócrates, Timeu, Hermócrates e Crítias (personagens que aparecem em Timeu) é possível identificar de maneira clara as referências ao mutável/imutável; ao inteligível/sensitivo; ao terreno/eterno, elementos clássicos gregos que Bobbio utiliza para fundamentar essa passagem que ele cita. Com base na criação do Demiurgo, o cosmos por si só é justo e, nesse aspecto, a justiça no período grego pode ser percebida como totalidade do cosmos, assim como Bobbio a percebeu – referente a um jusnaturalismo – principalmente pelo aspecto universalista mencionado por ele. Já a justiça sensitiva, criada a partir de formas refletidas do mundo ideal/eterno e com a participação do homem (mutável e passageira), pode ser percebida assim como Bobbio a percebeu – referente a um positivismo.

3. A referência que Bobbio faz a Aristóteles nessa passagem de seu livro é bastante coerente com sua proposta geral de identificar a dicotomia do positivismo/jusnaturalismo na história, em especial no período grego clássico. Na obra *Ética a Nicômaco* (em especial no livro V) (ARISTÓTELES, 1991, p. 123 – 142) é possível ter essa mesma percepção de Bobbio, pois Aristóteles alterna sua exposição sobre justiça entre um conceito mais geral e outro mais específico. O primeiro é um conceito de justiça mais voltada à lógica das virtudes, do justo meio ou da justa proporção, inclusive considerando a justiça um tipo de virtude máxima para as ações em geral. Esse conceito, por adentrar uma concepção universalista (imutável, como o fogo que queima tanto aqui, quanto na Pérsia, conforme Aristóteles exemplifica) adentraria na percepção de Bobbio sobre o jusnaturalismo no período clássico. O outro conceito que Aristóteles expõe é referente a concepção de justiça mais terrena, voltada à isonomia das pessoas frente à lei, da justiça corretiva realizada pelos juízes, da justiça convencionada legalmente. Identifica-se de maneira bastante clara na forma de exposição de Aristóteles a percepção de Bobbio, pois Aristóteles associa esse tipo de justiça a algum tipo de convenção social, algo que é justo não por natureza, de maneira imutável, mas sim como justo para “nós”,



direito positivo (mutável) e natural (imutável) (BOBBIO, 2006; KELLY, 2010, p. 18, 19 e 22), em geral associando-se o conceito do primeiro à lei posta em sociedade, ao passo que o segundo teria sua razão “por estar em toda parte” (*pantachou*). No Direito Romano clássico (KELLY, 2010, p. 18) também era possível identificar similar dicotomia, respectivamente nos conceitos de *jus gentium* (equivalente ao direito natural) e *ius civile* (equivalente ao direito positivo) (BOBBIO, 2006).

No período medieval, a concepção de direito positivo ainda mantinha o foco central de criação e imposição pelo homem em sociedade (é a lei “posta”). Entretanto, o fundamento do direito natural deixou de ser o motivo cósmico, de “estar em toda parte”, e passou a ser a imposição de algo ou alguém além do homem, como a natureza ou o próprio Deus⁴ (KELLY, 2010, p. 132) (posição verificada em todos os teólogos, filósofos, canonistas, etc. da época). No período moderno mudou-se o foco com Grócio (2005), distinguindo-se entre direito natural com base na razão humana e o positivo, competente ao Estado (embrião do direito positivo clássico) (BOBBIO, 2006; REALE, 2000).

Dessa visão histórica panorâmica até a modernidade, Bobbio (2006) concluiu alguns critérios básicos de distinção entre direito natural e positivo: a) antítese universalidade/particularidade; b) antítese imutabilidade/mutabilidade; c) antítese “*natura-potestas populus*”;⁵ d) o direito natural é conhecido por meio da razão, ao passo que o direito positivo por meio da vontade do legislador; e) quanto ao objeto, o direito natural regula ações que são boas ou más em si mesmas ao passo que o direito positivo regula ações de forma indiferente, sem levar em conta o porquê (móbil interno) das ações, mas sim a vontade do legislador e f) quanto à valoração das ações: o direito natural regula o que é bom (critério axiológico/moral), ao passo que o direito positivo regula o que é útil (critério utilitarista) (BOBBIO, 1994).

Com esses critérios de base, Bobbio (2006) entende que existem condições para apresentar uma definição inicial (a qual chamou de “provisória”, em seu livro) do conceito de direito positivo propriamente dito que está baseado na exclusão do direito natural (BOBBIO, 2006, p. 26). Assim afirma que todo o direito se resume ao direito positivo, ou seja, direito natural não é mais considerado direito (BOBBIO, 1995, p. 162 - 165). Por ora, interessante observar que em nenhum momento a discussão sobre a composição do ordenamento jurídico e a sua operacionalização (se normas/regras ou princípios ou postulados) ganha destaque nessa distinção, mas antes se tem como ponto de partida para os debates os próprios fundamentos de concepção do direito.

1.2 Positivismo jurídico e produção jurídica estatal

Um dos aspectos mais importantes da história dessa dicotomia é identificado no processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado, que iniciou na idade média e teve seu ápice na modernidade. Trata-se de um contexto no qual ocorre a passagem do Estado Primitivo ao Estado que controla a produção jurídica, nos limites de atos de vontade do poder. O juiz é identificado como ponto importante nesse contexto, pois é quem aplica o direito positivo estatal, ao contrário do que ocorria na idade média, onde as fontes do direito eram muitas e permitiam ao juiz, inclusive, a escolha para aplicação

de maneira mutável, numa perspectiva social ou de grupo.

4. Em certa medida a alternativa de fundamento entre a natureza e Deus se dá em virtude das diferenças entre as ideias judaico-cristãs e as greco-romanas.

5. “*Natura*” pode ser facilmente identificada como referente à noção de que o direito surge de alguma fonte cósmica, divina ou racional-natural-humana, sendo que a definição da negação dessa tese é a ideia expressa pelo termo “*potestas populus*”, que remete ao direito posto em sociedade.



delas com base em tais correntes jusfilosóficas (ou direito positivo ou natural) (BOBBIO, 2006).

Essa transição foi sentida no período bizantino no Direito Romano, principalmente com o *Corpus Juris Civilis* (CORPUS JURIS CIVILIS. DIGESTO, 2010, p. 7 – 8), compilação de normas sociais a ser revestida na forma de um *códex*, com forte influência na Europa (inicialmente no Império Romano do oriente) durante toda a idade média. Tão forte e consolidada foi sua influência que mesmo na baixa idade média o direito romano continuava expandindo (posteriormente para o ocidente), onde sentiu-se inicialmente essa transição no denominado *Usus Modernus Pandectarum*⁶ (WOLKMER, 1996) por influência do direito romano com base na aplicação do *Corpus Juris* (BOBBIO, 2006). Essa forte influência sentida por um tipo de codificação apenas evidenciou a necessidade histórica de unificação das fontes do direito relatada acima, o que facilitou a monopolização estatal da produção jurídica e consequentemente a sobreposição do direito positivo ao natural.

O importante de ser destacado é que na sociedade medieval europeia o direito romano começou a ser considerado o mais válido por representar uma razão escrita e, se na antiguidade clássica existia a contraposição entre *jus civile* e *jus gentium* como exemplificação da dicotomia aqui apresentada (conforme visão de Bobbio) pode-se traçar similar paralelo medieval entre o *jus comune* contraposto ao *jus proprium* (KELLY, 2010, p. 160). Isso pelo fato de que quando as sociedades menores com seus respectivos ordenamentos jurídicos (*jus proprium*) começaram a impor seu direito ao do império romano (*jus comune*), foi dado início à afirmação de que o direito é aquele produzido pelo Estado, logo, à monopolização estatal da produção jurídica. A contraposição ao império romano era feita com base na vontade do soberano interno, momento no qual o absolutismo teve início e representou a gênese do positivismo jurídico propriamente dito (BOBBIO, 2006).

Na modernidade sobreveio a distinção do Estado Civil e Estado Natural, de Hobbes (contemporâneo de Grócio), identificando no primeiro o direito positivo como único regulador da vida civil (teoria contratualista) (HOBBS, 2005, p. 77). Hobbes estabelece o conceito de direito positivo no poder soberano e identifica duas principais características: formalismo (não se questiona o conteúdo ou finalidades da lei, obedecendo-se pela imposição do poder) e imperativismo (o direito não dá sugestões, mas sim impera ordens) (HOBBS, 2015).

As concepções políticas do absolutismo e liberalismo dos séculos XVI e XVII estavam efervescentes e apesar das divergências teóricas de cada corrente, identificava-se certo consenso sobre um ponto: a onipotência do legislador. A ideia era: a lei permite defender o cidadão contra as arbitrariedades do judiciário, principalmente contra a ideia da aplicação do direito perante o livre senso de equidade ou justiça do juiz (BOBBIO, 2006). Entretanto, restava ainda o problema da possibilidade de abuso do poder por parte do legislador, pois a lei também permite arbitrariedades que, inclusive, podem ser mais graves do que a cometida pelo juiz (BOBBIO, 2006).

Isso por que o abuso do judiciário se restringe às partes da controvérsia, porém, o abuso do legislador é generalizado para toda a sociedade (por causa das características da generalidade e abstração da lei) (BOBBIO, 2006, p. 180). Dessa preocupação – para impedir as arbitrariedades do legislador – o pensamento liberal moderno investigou alguns

6. O *Usus Modernus Pandectarum* é a denominação atribuída ao movimento de transição entre a Escola dos Glosadores e posteriormente Comentadores (séculos XII à XV) do *Corpus Juris Civilis* para a Escola Histórica, com notório desenvolvimento na Alemanha, principalmente sob a ideia de dar nova feição ao direito romano da compilação do *códex* enquanto matéria bruta a ser refinada.



expedientes constitucionais (BOBBIO, 2006), dos quais surgiram dois fundamentos importantes para o positivismo jurídico (e para o período histórico atual que se vive): a separação dos poderes e a representatividade política (KELLY, 2010, p. 364, 366 - 367). Importante ressaltar que a partir de então a relação entre Estado e direito positivo se tornou pressuposto da discussão sobre o tema e o direito natural foi relegado à simples forma de suprir lacunas do direito positivo (BOBBIO, 1994, p. 61 – 75). De certa maneira, a concepção de que o Direito está relacionado necessariamente de alguma forma a concepção de Estado ainda subsiste até hoje.

1.3 Lei e Ciência Jurídica

De todo esse desenvolvimento histórico aqui narrado com base em estudos de Bobbio (2006) e de Kelly (2010), é possível afirmar que o positivismo jurídico concebido no século XIX afirmou o direito como “lei”, principalmente por considerá-lo como representação da razão (BOBBIO, 2006). Isso fica bastante evidente ao analisar os principais traços desse tipo de fonte: generalidade e racionalidade. Genérica, pois não decorre de atos individuais (como de um juiz) que poderiam mais facilmente gerar arbítrio e, racional (ainda que coercitivo), pois é o meio mais adequado e igualitário (isonômico: igualdade perante a lei) para realizar modificações na sociedade (LOSANO, 2010, p. 34). Como afirma Bobbio (2006, p. 120): “costume é uma fonte passiva, a lei é uma fonte ativa de direito”.⁷

Existiu quem discordasse dessa concepção. O Direito Científico na Alemanha, em virtude de contingências políticas e históricas do país naquela época, só foi codificado ao final do século XIX e início do XX. A Escola Histórica⁸ era resistente à codificação e ainda que buscasse unidade e sistematicidade (o que os códigos também buscavam) (KELLY, 2010, p. 334), afirmava que se algo deveria ser mudado não era o sistema, mas sim a cientificidade jurídica (KELLY, 2010, p. 424). Apesar de os códigos buscarem tais

7. Antes de falecer, Bobbio (2007) legou de seus estudos uma obra que tem o objetivo de tirar o foco da concepção de direito enquanto estrutura de coação para direcionar para uma concepção funcional do direito. A obra foi denominada “Da Estrutura à Função”. Nesse trabalho Bobbio muda a concepção de que a base do direito é a coação, por meio de sua estrutura, e volta atenção para a possibilidade de promoção de comportamentos pelo direito ao invés de coação e penalização de comportamentos. A ideia seria promover mais condutas boas na sociedade ao invés de penalizar condutas ruins, mudando a percepção de que o direito somente existe como controle social por meio da coação externa. A função promotora do direito seria cumprida com base em premiações de condutas boas, moldando uma sociedade baseada nesse tipo de comportamento e não o contrário. Tudo isso foi dito nessa nota, pois a base para realização dessa virada de concepção do direito continuaria sendo a lei. Então, de fato para Bobbio, a lei é um instrumento que permite realizações sociais.

8. A Escola Histórica foi uma concepção alemã de direito do século XIX que tinha como contraponto teórico e crítico a Escola Exegética francesa, encontrando seu principal representante em Savigny. A Escola Exegética afirmava que o direito se resumia a uma análise estritamente sintática gramatical dos textos legais baseando-se na racionalidade presumida do legislador (vontade política e vinculação à produção estatal, com forte conotação sintética de direito), pensamento de forte influência racional iluminista. A Escola Histórica veio com a ideia de conceber um direito desprovido da estática decorrente desse modo de pensar, buscando maior dinamicidade na história, com a ideia de um direito costumeiro/histórico de valor ontológico, contextualizado no espaço e no tempo, advindo de um produto cultural e histórico de um povo (espírito do povo) onde ao jurista científico caberia a tarefa de descobrir os institutos jurídicos por meio de uma intuição geral e do refinamento da pesquisa jurídico-científica. Apesar de tal busca e da crítica à Escola Exegética, em última instância a Escola Histórica fundou um tipo de teoria dogmática, mudando a fonte do direito da lei estritamente (dogma central da Exegética) para a histórica; da vontade política do legislador racional, para o espírito do povo e uma nova dogmática baseada em conceitos históricos. Desse ponto de vista a sua estrutura dogmática sistemática permaneceu a mesma que a citada escola pretendia criticar (SIMIONI, 2014, p. 51 – 77).



requisitos, não permitiriam, segundo tal escola, a maleabilidade que a ciência jurídica proporcionaria.

Por isso afirmar que a preocupação da Ciência do Direito era do jurista e não do legislador. Inclusive, na Alemanha daquele período, foi assumido o direito romano como um material jurídico dado de forma bruta, cabendo ao jurista o aperfeiçoamento unitário e sistemático (KELLY, 2010, p. 427). Foi do Direito Científico que a doutrina alemã evolui da *Pandectista* para a Jurisprudência dos Conceitos, tendo Jhering como um de seus maiores representantes e que mais tarde veio a promover a Jurisprudência dos Interesses (KELLY, 2010, p. 438 – 439).

Jhering tanto foi um dos maiores expoentes daquele período que é considerado como contraponto ao movimento de codificação (BOBBIO, 2006). Trabalhava com a noção de Direito Científico fundado no método da simplificação quantitativa e qualitativa dos materiais jurídicos, buscando operar com a restrição da quantidade de “matéria jurídica” a ser analisada visando o “aperfeiçoamento” mais qualitativamente possível de tais materiais (BOBBIO, 2006).

Tal perspectiva científica sofreu críticas por se preocupar mais com a estética do direito, com suas implicações lógicas e construções sistêmicas, do que propriamente com as suas consequências práticas. Essa forma de encarar o conhecimento jurídico é normalmente atribuída ao adepto do direito positivo (BOBBIO, 2006), inclusive com reflexos na prática brasileira (DIMOULIS, 2011). Tal concepção assumida de forma irrefletida no Brasil tem consequências práticas negativas, principalmente perante os novos paradigmas que se abrem neste século e estão inseridos no contexto do pós-positivismo.

2. POSITIVISMO JURÍDICO ENQUANTO DOUTRINA

2.1 A busca da objetividade científica

O positivismo jurídico enquanto problema doutrinário recebe maior atenção a partir do final século XIX e no século XX (KELLY, 2010, p. 411). A partir desse período que as discussões sobre o positivismo jurídico propriamente dito serão mais aprofundadas, notoriamente a partir da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, que coloca um marco divisor na história do conhecimento jurídico (e que receberá atenção especial neste artigo). O foco, a partir de então, é teorizar e aplicar o ideal de neutralidade e imparcialidade do sujeito perante o conhecimento jurídico, ao modelo das ciências naturais.

O positivismo é uma forma de encarar o direito, principalmente sob a perspectiva de um fato (objetivo) e não um valor (subjetivo). Há somente juízos de fato (a cargo da Ciência Jurídica) e não de valor (a cargo da filosofia, política, ética, moral, etc.) sobre os temas jurídicos, e nesse sentido o direito é avalorativo, desprovido de emotividade, um conhecimento como se queria nas ciências naturais. Não se questiona sobre ser bom ou mau, ser um valor ou um desvalor. Afirmer a validade do direito independe de seu conteúdo, pois a justiça já está incorporada no ato de vontade da autoridade legítima, seja da forma como for, não importando como ocorra essa incorporação (BOBBIO, 2006).

A busca por excluir elementos valorativos do direito implicou no afastamento da tentativa de conceituação substancial de conteúdo (material), principalmente pela marca da relatividade e a insegurança jurídica que tal atividade carrega consigo. Desta empreitada, chegou-se à definição do direito com base no chamado formalismo jurídico



(HART, 2001, p. 137 – 138).⁹ Assim a interpretação lógico-sistemática das normas recebe maior importância por ser considerada objetiva, numa operação de caráter lógico, preferida em relação à teleológica, por exemplo elucidando então a crença na possibilidade de se afastar elementos subjetivos da interpretação (HART, 2001, p. 138 – 139).¹⁰

Essa perspectiva jurídica lógica que também foi um dos postulados do pensamento kelseniano é, talvez, o ponto chave para a transição do positivismo jurídico (clássico e normativista) ao pós-positivismo (principalmente em sua versão distorcida), sob o aspecto de uma crítica direcionada deste para aqueles. O pensamento jurídico baseado muito mais em finalidades ou valores (como um pretensão direito econômico ou de um novo realismo jurídico baseado em comportamentos de juízes) que muitas vezes desconsidera o “dever ser” (normativo) é uma das marcas do que vem se apresentando como pós-positivista “distorcido”, principalmente no direito brasileiro. O que se chama atenção nesse ponto dos estudos é que o positivismo jurídico em geral privilegiava muito a segurança que a lógica desse modelo operacional garantia, mesmo que para isso fossem necessárias injustiças notórias. Talvez esse seja a principal razão para a reação epistemológica da corrente do pós-positivismo em sua matriz saudável (que também acabou apresentando posteriormente resultados arbitrários).

2.2. Principais temáticas do Positivismo Jurídico

Desta forma, do positivismo jurídico em geral encarar o direito, resulta uma forma própria de definição que está intimamente ligada à coação pela ordem estatal, dirigidas para ações externas e intersubjetivas (principalmente sob o conceito de direito subjetivo) (ROSS, 2000, p. 309). Dessa característica se passou a uma Teoria da Coatividade do direito e isso, para Bobbio (2006), é consequência do modo de considerar o direito como fato, que deve ser imposto por meio da força.

A força exercida pelo Estado, fator decisivo para o positivismo jurídico em geral, ganha destaque quando pensada na questão relacionada às fontes do direito. A “teoria da legislação como fonte preeminente do direito” desconsidera as demais fontes (costumes, direito judiciário, equidade e natureza das coisas ou dos fatos) (BOBBIO, 2006, p. 166) que não desaparecem totalmente do mundo jurídico. Aliás, como já se demonstrou aqui, a “lei” ter sido considerada como tal é o produto do desenvolvimento histórico do positivismo jurídico, a qual competiu em outros momentos com as demais fontes do direito.

Fontes de direito são fatos ou atos aos quais em um determinado ordenamento jurídico se atribui a competência ou a capacidade da produção de normas jurídicas. A importância das fontes de direito está justamente na discussão sobre a pertinência das normas: são válidas se de acordo com fontes autorizadas. Para o positivismo o tema das fontes ganha maior destaque na medida em que afirma a primazia da lei sobre as outras, assumindo assim a existência de diversas fontes no ordenamento (complexidade de fontes), bem como hierarquia entre elas (hierarquização de fontes) (BOBBIO, 1995, p. 37).

A lei é considerada a manifestação direta do poder soberano do Estado e as demais fontes são apenas subordinadas que ou são recepcionadas pelo Estado ou são delegadas por ele. Repara-se, a título de exemplo, no costume, que surge do seio social e é recepcionado pelo Estado e os contratos, que são possibilidades delegadas aos

9. Um dos aspectos considerados no formalismo jurídico era a busca da segurança jurídica através da linguagem da legislação (interpretação mecanicista).

10. Hart vê a insuficiência desse tipo de pensamento, principalmente em situações mais complexas, que fogem ao padrão da vida do direito.



indivíduos, pelo mesmo Estado, para reger as relações privadas. Em ambos os casos o ordenamento aceita mais de uma fonte, porém, o parâmetro de importância é a lei, vinculada ao poder Estatal.

A consideração da lei nesse sentido reafirma o poder estatal e corrobora com a possibilidade da coação por meio da imperatividade. Dessa base, surge a Teoria da Norma Jurídica como um comando, e não um conselho (KELLY, 2010, p. 382). A norma não é mais considerada isolada, mas concebida num ordenamento coerente (sem antinomias e contradições) e completo (sem lacunas no direito). O próprio ordenamento possui formas de resolução de problemas dessa espécie, como os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade no caso de antinomias e, de autointegração por meio da analogia e princípios gerais do direito, no caso de ausência de normas (BOBBIO, 1995, p. 110).

Toda essa concepção positivista reflete na questão do método da ciência jurídica e do problema da interpretação, principalmente aquela feita de maneira mecânica, na subsunção do fato à norma. Nessa perspectiva de interpretação, para o positivismo jurídico o elemento declarativo se sobrepõe ao produtivo ou criativo do direito, não possuindo conotação de criação, mas sim de descrição de operações lógicas (BOBBIO, 2006). A Escola Exegética francesa foi a corrente mais intensa neste tema por assim dizer, principalmente em relação à literalidade do texto e apego ao código, com a categórica afirmação do “juiz boca da lei” (KELLY, 2010, p. 411).

A atividade interpretativa é confinada a descrever significados extraídos da relação de signos individualizantes de coisas. Os meios interpretativos para isso são os textuais e extratextuais, sendo os primeiros os meios léxico-gramatical, teleológico, sistemático, histórico (hermenêuticos textuais) e o segundo o raciocínio por analogia (interpretação extratextual) (BOBBIO, 1995, p. 148). Nessa perspectiva é que a hermenêutica é considerada um acessório, um simples método, ao invés de um conhecimento autônomo e total, como se concebe atualmente.

Essa forma de compreender o pano de fundo da teoria do conhecimento jurídico para o positivismo deve ser frisada neste artigo, pois é um dos pontos focais da diferenciação entre o positivismo jurídico e as concepções teóricas pós-positivistas. Já aqui se vê um, de outros pontos focais, sobre a relação entre o positivismo jurídico e pós-positivismo. Neste, a Hermenêutica (agora com “H” maiúsculo) não é mais simples acessório ou método de aplicação do direito e este não é concebido somente como mera atividade descritiva, mas também, adscritiva, criadora e recriadora (ÁVILA, 2017).

2.3 Positivismo Jurídico como concepção de Ciência Jurídica

De todo o exposto é possível afirmar com segurança¹¹, com base em Bobbio (2006), que o positivismo jurídico propõe um modelo (inclusive de estrutura mental) de concepção específica de ciência jurídica, concebida como lógico-construtiva e dedutiva. Esse tipo de ciência recebeu usualmente o nome de Dogmática do direito e “consiste na

11. Ao afirmar categoricamente isso neste artigo, não quer dizer que o positivismo jurídico resume-se a uma única corrente filosófica, sintética. Os estudos realizados aqui serviram como base para delinear aspectos gerais que podem servir para identificar, de forma geral, a ideia/ideologia por de trás dessa corrente filosófica. Deixa-se claro que diversas foram as manifestações culturais humanas em torno dessa perspectiva filosófica e talvez até impossível de catalogar. Ainda assim, lembra-se como exemplos diversos o positivismo inglês de Hobbes, o positivismo Exegético Francês, o positivismo entusiasta na Escola Histórica, o positivismo solipsista da Escola do Direito Livre, o positivismo utilitarista de Bentham, o positivismo analítico de Austin, o positivismo normativista de Kelsen, o positivismo advindo da jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses, dos valores, etc.



elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão” (BOBBIO, 2006, p. 220).

Da não sujeição à revisão ou discussão desses conceitos, o desenvolvimento dessa estrutura teórica do positivismo chega a determinado momento na problemática da obediência ao direito, resumida na afirmação de que se obedece porque “lei é lei” (por isso deve ser seguida). Ainda que sobre essa perspectiva seja muito difícil fazer generalizações, Bobbio afirma ser possível identificar um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que apoiam essa concepção (BOBBIO, 2006, p. 133).¹²

Disto decorre que não existe apenas uma ótica sobre o positivismo jurídico, mas, no mínimo, três pontos de vista que devem ser considerados: “a) certo modo de abordar o estudo do direito [...]; b) certa teoria do direito [...]; c) certa ideologia do direito [...]” (BOBBIO, 2006, p. 133 – 134). Então o positivismo jurídico pode ser tanto uma abordagem de estudo ou teoria do ponto de vista científico, quanto uma ideologia do ponto de vista valorativo. Bobbio (2006) afirma também poder distinguir três aspectos ou destaques do positivismo jurídico: a) como método para o estudo do direito (baseado num juízo de conveniência - utilidade) – meio para um fim; b) como teoria do direito (baseado num juízo de verdade ou de falsidade – correspondência entre teoria e realidade, com status científico); c) como ideologia do direito (juízo de valor, ideologia boa ou má) (REALE, 2004).¹³

Dessa exposição já se vê um aspecto prático que será um dos problemas atuais dos juristas (do pós-positivismo): como conceber o conhecimento jurídico científico (objetivo e seguro) como método e ainda assim considerá-lo uma ideologia, com todas as questões controversas relativas à subjetividade, mas, procurando resolver o problema da relativização? A simples transposição da lógica das ciências naturais para o conhecimento das ciências humanas pode não ser suficiente para dar as respostas aos problemas jurídicos que se apresentam quando não fechamos os olhos para injustiças notórias.

Verifica-se que desde já se percebia a problemática específica do positivismo clássico: a suposta cientificidade jurídica no aspecto prático do Direito. Bobbio inclusive critica algumas das bases do positivismo jurídico, principalmente aquela que tenta evitar ideologia no direito. Já em seu tempo e de seu modo, o autor italiano se manteve firme no sentido de que o direito não é reduzido a uma realidade isolada e que valorações práticas morais são inseparáveis ao Direito. A questão então é como trabalhar com isso, principalmente para evitar experiências como a da Escola do Direito Livre (altamente solipsista, relativizadora e arbitrária) (KELLY, 2010, p. 473 – 481).¹⁴

Outro ponto que deve ser ressaltado aqui é a questão da Hermenêutica e interpretação. De todo o exposto, o que pôde se verificar é que as implicações da Hermenêutica não foram muito desenvolvidas no positivismo jurídico clássico e isso é consequência principalmente da ideia de que tanto a Hermenêutica quanto a interpretação seriam tão somente tipos de acessórios aos juristas e não bases para

12. Para o autor italiano, justamente por esse tipo de afirmação é que tratar por positivismo ético seria mais correto ao invés da expressão positivismo jurídico, pois tal posição é de ordem moral ou ideológica e não científica.

13. Veem-se aqui os pressupostos da tridimensionalidade do direito, de caráter culturalista realeano. O próprio Bobbio afirmou ter trabalhado com essas bases, sem nunca ter teorizado sobre a integração dessas dimensões, ao estilo do autor brasileiro.

14. O que é interessante notar é que em certa medida a história apresenta um movimento circular e dialético e, para o tema deste artigo, é possível conceber uma busca pelo equilíbrio de uma versão mais abstrata da razão (natural) e outra mais concreta (positiva) para a interpretação e decisão jurídicas, culminando no pós-positivismo, que tentará resolver essa dialética aproveitando os ganhos de ambos.



constituição de conhecimentos. Porém, isso não impediu que assim como Bobbio, Hart já identificasse que “as leis exigem interpretação”; “uma escolha entre valores” (HART, 2001, p. 220 – 221) uma tomada de decisão e posicionamento com certo grau de subjetividade e relatividade. Esse apontamento é de grande importância para este artigo, pois o contexto do pós-positivismo é marcado notoriamente pelo caráter hermenêutico e de consideração da linguagem enquanto forma de constituição ou representação do mundo (virada linguística ontológica ou virada linguística lógica).

A próxima seção abordará a Teoria Pura do Direito de Kelsen, tendo em vista sua importância no que concerne a tentativa de evitar o dito “sincretismo metodológico” e a busca de “objetividade” no direito. A transição do que se convencionou aqui de positivismo jurídico e o que foi convencionado na introdução deste artigo de pós-positivismo jurídico passa, impreterivelmente, pela teoria de Kelsen.

3. NEOPOSITIVISMO: TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN¹⁵

3.1 Abordagem geral. Ciência do Direito e Direito

Kelsen foi um neokantiano do Círculo de Viena e teve forte influência do neopositivismo lógico proposto por tal escola, principalmente em relação a questões de linguagem e oposição à metafísica. Dos motivos que deram origem à sua teoria pode ser destacada a crítica aos positivismos psicológico (psicologia da vontade do legislador) e sociológico (sociologia dos interesses que formam essa vontade), os estudos sobre linguagem e a virada linguística do Círculo de Viena e a busca por uma genuína ciência do Direito (SIMIONI, 2014, p. 141). Sob tais bases é possível verificar que a teoria de Kelsen trabalha com questões relativas ao problema da representação lógica da realidade, da questão da normatividade linguística e as conseqüentes implicações sintáticas e semânticas (essa com menor intensidade) e o problema da interpretação (SIMIONI, 2014).

Geralmente, tais questões passam despercebidas em muitas críticas feitas ao positivismo de Kelsen, que muitas vezes analisam somente o aspecto neokantiano de sua teoria (distinção entre ser e dever ser, razão teórica e prática) (SIMIONI, 2014, p. 142). Porém, a Teoria Pura do Direito é uma proposta teórica que não fica no plano somente da discussão entre os fundamentos do direito, mas, ultrapassa a discussão para se tornar uma teoria positivista mais sofisticada, principalmente sob o aspecto da interpretação (SIMIONI, 2014, p. 153). Kelsen está no plano da sintaxe lógica (por aportes da sintaxe lógica do Círculo de Viena) e busca uma teoria esboçada num pano de fundo neopositivista e, por isso, mais adequado tratá-lo como um neopositivista normativista do

15. Nas subseções anteriores deste artigo foram apresentados os postulados gerais do positivismo jurídico que, de certa forma, condicionariam a teoria de Kelsen que, por sua vez, neste estudo é considerado como autor decisivo no que diz respeito à transição do positivismo ao pós-positivismo, principalmente sob o aspecto hermenêutico. Então pode parecer estranho não tratar especificamente neste trabalho sobre autores da Escola de Baden (neokantiana) que fizeram um contra ponto muito importante ao positivismo jurídico (inclusive kelseniano), principalmente lembrando o mundo jurídico dos valores e da cultura. Entretanto, por opção metodológica, esse trabalho atém-se aos estudos apresentados aqui (pois o foco principal não é analisar o contraponto teórico de tal escola) sem deixar de lembrar a importante contribuição da Escola de Baden ao direito e à filosofia. Para melhor ilustrar essas contribuições aqui citadas, interessante remeter à obra Fundamentos do Direito do professor Reale (1999, p. 295, 459, 515 e 571), onde sintetiza a Filosofia dos Valores e da Cultura de tal escola lembrando-se de autores neokantianos como Windelband, Rickert, Lask, Munch, Ravá, Mayer, Radbruch, Smend, Heller e Sauer. Ainda, sobre a Escola de Baden, interessante conferir a obra “Filosofia do Direito” também do professor Reale (1999, p. 295, 459, 515 e 571).



que simplesmente positivista (ou exegético, como se faz ainda no Brasil), principalmente pela sofisticação de sua teoria frente às demais de seu tempo (SIMIONI, 2014).

A Teoria Pura possui pretensão científica (abstrata e geral) e visa conhecer o seu objeto: as normas jurídicas (direito é norma). Se a moral (subjéctiva) possui a ética como ciência, o direito (objéctivo) possuirá a Teoria Pura (KELSEN, 1998a, p. 11). A Teoria Pura do Direito promove então o conhecimento jurídico e não a política jurídica e tenta fugir do sincretismo metodológico (confusão entre métodos e objetos), onde busca por princípio, a independência do direito em relação a moral ou a justiça (KELSEN, 1998b, p. 11). Nesse contexto, considera-se o direito composto por normas jurídicas para regular o exercício da força imperativa coativa estatal (KELSEN, 1998a, p. 24), dada por um ato de vontade com limitações de sentido do próprio ordenamento jurídico.

Para a teoria, a regulação do exercício do uso da força pode ser apresentada em duas dimensões: estática e dinâmica (KELSEN, 1998a, p. 50). A primeira tem como foco e objeto o direito em vigor (estático) ao passo que a segunda tem como foco e objeto o direito em sua produção e aplicação, ou seja, quando as normas jurídicas estão em movimento (dinâmico) (KELSEN, 1998a, p. 51). Essa distinção é muito importante, pois dará a conotação científica ao conhecimento jurídico no seu aspecto estático e dinâmico.

Quando Kelsen expõe que a teoria estática tem por objeto o direito em vigor está afirmando precisamente o conhecimento relacionado às proposições jurídicas e suas conexões com as sanções estipuladas no conjunto de normas (relação de imputabilidade). Na Teoria Pura do Direito a sanção é elemento essencial, pois a partir dela que se atribui a nota característica de normas autônomas frente a outras como as morais e religiosas.

Por outro lado, a concepção da teoria dinâmica do direito pressupõe toda essa estrutura teórica concebida por Kelsen em movimento, especificamente de duas formas: em produção e em aplicação (KELLY, 2010, p. 135 – 138). Produção no sentido de processos legislativos de produção de normas (KELSEN, 1998a, p. 164) e aplicação no sentido de exercício da força coativa do Direito. No primeiro se tem o aspecto de produção de normas, ao passo que o segundo é a aplicação propriamente dita das normas, por meio da força estatal (KELSEN, 1998a, p. 165 e seguintes).

A partir dessas considerações é possível falar em dois níveis fundamentais (linguagem constitutiva do objeto e metalinguagem referente ao objeto (SIMIONI, 2014)) de sua teoria: o das proposições científicas (linguagem que se refere ao objeto) e o das normas jurídicas (objeto) (KELSEN, 1998a, p. 51). O primeiro se baseia na possibilidade de verdades e falsidades científicas e tem finalidade de criar proposições jurídicas (e científicas) sobre as normas jurídicas (campo do ser, pois a norma jurídica é aquilo que o direito é) (LOSANO, 2010, p. 61). Ao passo que o segundo se baseia na possibilidade de se afirmar a validade ou invalidade de determinada norma jurídica, tendo como objetivo definições de dever ser (KELSEN, 1998a, p. 143 – 148), ou seja, as normas que determinam as condutas humanas como elas devem ser (o direito é norma jurídica que define questões de dever ser).

Fala-se então em Ciência do Direito, que está direcionada para estudo das normas jurídicas, objeto da Teoria Pura do Direito (por isso voltada ao ser) e direito (ou normas jurídicas) que é o próprio objeto da Ciência do Direito e define condutas humanas por meio de prescrições normativas que obrigam, proíbem ou facultam algo (por isso definem o dever ser) (SIMIONI, 2014, p. 175).¹⁶ Essa distinção é muito importante para uma

16. Nas notas anteriores foi citada a obra de Bobbio (2007) “Da Estrutura à Função”, onde ele faz reflexões acerca da “promoção” do Direito. Para ilustrar melhor essa ideia, poderia colocar ao lado de prescrições



assunção mais clara sobre a teoria kelseniana, pois é fundamental para compreender a busca pela refutação do sincretismo metodológico: Ciência do Direito e direito não são a mesma coisa, assim como direito e filosofia, economia, estatística, moral e justiça também não são a mesma coisa, logo, possuem métodos científicos distintos. Essa constatação é de grande importância para o período histórico atual, principalmente no Brasil, pois parece existir certa confusão epistemológica entre tais campos.

3.2 A Norma Fundamental

O aspecto dinâmico da teoria de Kelsen tem grande importância nesse estudo, pois é a partir dele que o autor vai refletir sobre o fundamento de validade das normas jurídicas, chegando à famosa Norma fundamental (KELSEN, 1998a, p. 139). Se o aspecto dinâmico do direito reflete sobre a produção e aplicação do direito, a primeira questão que vem em mente então é: como isso deve ocorrer e por qual motivo isso deve ocorrer? Para Kelsen a norma fundamental é uma maneira de isolar a teoria pura em sua pureza tanto do ponto de vista epistemológico (pretensão teórica), quanto do ponto de vista prático (pretensão de constituição de uma teoria do direito, que seja corretiva, mas isolada de ideologias).

Muitas escolas tentaram responder a essas questões e disso é possível observar que o fundamento último do direito variou historicamente entre a determinação do cosmos, de deus, da razão humana, da vontade do legislador, do espírito do povo etc., sempre com um elemento externo, transcendente ao próprio direito. Uma das motivações de Kelsen na criação da Teoria Pura do Direito era buscar a segurança jurídica e social e em sua análise todas essas respostas dadas até aquele momento sempre levaram a arbitrariedades e subjetivismos que legitimavam tomadas de decisão sobre qualquer coisa em nome de tais fundamentos. A norma fundamental permitiu a autonomia do direito frente a tais legitimações principalmente por conseguir gerar ao direito a autocriação: o direito é aquilo que ele mesmo cria e não precisa de nada mais externo para validá-lo.

Para evitar subjetividades para legitimar externamente o direito, Kelsen estabeleceu como fundamento do direito a norma fundamental, a qual dá a competência a uma autoridade legítima para regular a produção e aplicação do direito nele e por ele próprio. Na Teoria Pura do Direito a peculiaridade é que o próprio direito regula as suas possibilidades de produção e aplicação, sempre fundadas na norma fundamental e não outra instância superior (KELSEN, 1998a).

A norma fundamental é pressuposta logicamente como hipótese ou ficção;¹⁷ é o fundamento de validade das normas jurídicas. Ela não é sequer estatuída através de um ato de vontade legislativo, mas “pressuposta pelo pensamento jurídico” (KELSEN, 1998a, p. 16) e por isso é incondicionada, sem qualquer outra possibilidade lógica anterior à ela. As normas jurídicas até então mencionadas recebem sua objetividade dela, pois são revestidas de um sentido objetivo e incondicional de dever ser, baseando-se de forma

normativas que “obrigam, proíbem ou facultam” (modais jurídicos clássicos), a prescrição normativa que “promovem” determinado comportamento. Essa observação se faz nessa nota, pois não foi objeto de estudo aprofundado de Kelsen.

17. Na sua obra “Teoria Pura do Direito” Kelsen (1998) considera a norma fundamental como uma hipótese, pressuposta pelo pensamento jurídico, mas inexistente do ponto de vista empírico. Seria uma hipótese justamente pela impossibilidade de se verificar no mundo real, já que exercer função puramente teórico-gnosiológica, de fechamento lógico de um sistema simbólico que é a Teoria Pura. Porém, em sua obra póstuma “Teoria Geral das Normas” (KELSEN, 1986) muda a concepção de hipótese para ficção, informando que era dessa forma que queria melhor expressa a ideia de norma fundamental: como uma ficção. Segundo Simioni (2014), a mudança não apresentou implicações relevantes, já que a função da norma fundamental permaneceu a mesma.



escalonada em outras normas válidas com fundamento último na norma fundamental e não na vontade de quem as editou (KELSEN, 1998a, p. 139 – 141). A validade do direito começa a partir da norma fundamental, sem nada que a anteceda e se alguém questionar a validade do direito, é possível afirmar que a validade não só começa na norma fundamental, como encerra nela também.

Atos e fatos podem ser qualificados juridicamente somente quando as normas jurídicas assim o fizerem e a partir daí deixam de existirem como simples atos e fatos subjetivos (que podem ser físicos, químicos, morais, religiosos, econômicos, estatísticos, estéticos, por exemplo), para receberem objetividade jurídica (KELSEN, 1998a, p. 141), considerando sempre a norma fundamental como última instância qualificadora. Nesse sentido que se estabelece a possibilidade da norma jurídica como a base de interpretação jurídica, pois atos e fatos só possuem cognoscibilidade na Ciência Jurídica (e no Direito) a partir da qualificação dada pela norma jurídica, tornando-se assim esquema lógico de interpretação. Por meio de uma operação mental lógica (KELSEN, 1998a, p. 138) a norma atribui sentido jurídico aos atos e fatos do mundo na ordenação jurídica, confere poder ou competência (regulamentação positiva) ou permissão para determinadas condutas (regulamentação negativa) (KELSEN, 1998a, p. 138) e se se questionar sobre a última validação do direito, a resposta final deverá ser a norma fundamental.

Uma das notas distintivas na Teoria Pura para as normas jurídicas é a regulação do uso da coação pela comunidade jurídica (imputabilidade), que ocorre de maneira externa em relação aos sujeitos e empiricamente carrega o fato do poder. Dessa maneira, a comunidade jurídica pode ser representada no ente Estatal, que é a concretização da ordem jurídica geral e possui o monopólio do exercício da força para assegurar a ordem jurídica e social (KELSEN, 1998a, p. 204 – 205), a segurança coletiva e a democracia, com a garantia mínima de liberdade quanto ao uso legítimo da força (KELSEN, 1998a, p. 218). Para Kelsen, há coincidência entre direito e Estado, ainda que esse seja limitado pelo próprio direito (seja em dimensão estática ou dinâmica) produzindo assim sua autolimitação. Se do ponto de vista estritamente epistemológico (teórico/gnosiológico) a norma fundamental possui pretensão lógica de fechar o sistema jurídico kelseniano de maneira incondicionada, observando atentamente é possível vislumbrar na Teoria Pura o Estado cumprindo papel similar do ponto de vista material, prático e empírico (SIMIONI, 2014, p. 141, 180 e ss.). Portanto, a dedução de validade das normas jurídicas da norma fundamental pode ocorrer em duas vertentes, no que diz respeito ao seu aspecto teórico-epistemológico (estático) e no que diz respeito ao seu aspecto prático (dinâmico).

Portanto, a depender da natureza do fundamento de validade da norma, podem-se conceber dois princípios que regem os sistemas de normas: o princípio estático e o princípio dinâmico (KELSEN, 1998a, p. 136). O princípio estático diz respeito ao fundamento de conteúdo das normas jurídicas (condutas determinadas por tais), que estão fundamentadas na norma fundamental pelo raciocínio do geral para o particular (das proposições científicas do nível da Ciência do Direito). Por outro lado, o princípio dinâmico diz respeito ao fundamento de validade de produção e aplicação das normas (nível da normatividade e correção jurídica, inclusive do ponto de vista empírico, no uso da força). O sistema estático possui um fundamento para o conteúdo das normas, ao passo que o sistema dinâmico possui um fundamento para a validade da produção/aplicação das normas.

No sistema dinâmico decorre do seu fundamento o simples fato de que existe uma norma pressuposta (a norma fundamental) que legitima a produção/aplicação de outras normas, fundamento tal que não se pode “sequer pôr em questão”, mas tão somente



pressupor (KELSEN, 1998a, 138). Não se extrai da norma pressuposta, logo, do fundamento dinâmico, o conteúdo de proposição das normas, mas se extrai a legitimidade fundamental de produção/aplicação de normas e, por esse raciocínio, se chega ao limite incondicional de questionamento sobre a origem ou o fundamento das normas jurídicas escalonadas.

A Norma Fundamental não é uma norma arbitrária, mas sim uma norma pressuposta, com analogia à lógica-transcendental (pegando esse termo emprestado de Kant) (KELSEN, 1998a, p. 141), na qual responde a pergunta: como é possível uma interpretação objetivamente jurídica, válida e descritiva em proposições científicas? É possível postulando a norma fundamental. Não é uma norma querida ou desejada, mas pensada, de validade objetiva, longe de subjetividades, que é utilizada como postulado no processo silogístico de validação das normas jurídicas em geral até que se chegue ao fundamento último de tal ordem, fundamento esse que não temos (e nem podemos) como considerar dispensável e que não possui vinculação com nenhuma subjetividade (KELSEN, 1998a, p. 143). A norma fundamental não pode ser pensada como mais nada além dela mesma, pois isso geraria uma contradição interna ao sistema kelseniano, o que não é permitido segundo uma linha de coerência e consistência lógica.

A norma fundamental confere unidade lógica à ordem jurídica, evitando os conflitos de normas sob o aspecto da validade ou invalidade para além daquela ordem obtida por meio dela mesma. Kelsen deixa claro que o conflito de normas não se dá sob o aspecto de proposições de verdade científicas, questionando se uma norma é verdadeira ou não. A forma de garantir validade às normas jurídicas é principalmente o escalonamento de normas jurídicas em consonância e harmonia com a norma fundamental e, principalmente, por uma questão de competência (BOBBIO, 1994).¹⁸ Por isso, ao menos nesse artigo, entende-se que o princípio dinâmico do direito acaba por ter uma intensidade maior no sistema kelseniano, pois até mesmo a dimensão estática do direito poderá sofrer influências da produção dinâmico-jurídica, já que a validade do direito estará portanto no processo de aplicação e produção dele mesmo. Em outros termos, a sistemática da teoria de Kelsen joga a validação das normas jurídicas ao âmbito da eficácia jurídica fática, na sua aplicação prática, mas com o fundamento último num pensamento pressuposto, ideal e de dever ser.

Portanto, dessa última exposição decorre o problema da eficácia jurídica. Kelsen não nega que a validade do direito subsista sem se pensar na eficácia das normas, que em termos práticos, diz respeito os efeitos (empíricos) das normas no campo do ser. Kelsen não está nem num extremo, aquele no qual o direito se situa estritamente no campo do dever ser, por isso nega o idealismo; e nem no outro extremo, no qual o direito se situa estritamente no campo do ser, por isso nega o realismo. Simplesmente coloca que as normas jurídicas tratam sim sobre a ordem do dever ser e que, sob o aspecto do ser, não é correto falar sobre problemas de eficácia e realidades jurídicas. Antes disso, mais certamente é focar no exercício do poder; da força (KELSEN, 1998a, p. 148 – 150).

Antes de se buscar interrogar somente sobre questões idealistas ou realistas fundamentais do direito (ao tipo: o que é que fundamenta em última instância o direito?), a Teoria Pura do Direito volta-se para o problema do exercício da força e, nesse aspecto, já possui um foco diferente do positivismo clássico esboçado nesse artigo (que realmente focava somente em fundamentações do Direito, não dando atenção à hermenêutica e interpretação). Kelsen substitui a questão posta como “realidade” pela questão do “poder”

18. Bobbio (1994) fala em “princípio de autoridade” (*principio di autorità*), (tradução minha).



e isso tem relação direta com a limitação do uso deste mesmo poder pela estrutura de normas jurídicas do ordenamento jurídico (ou do Estado).

O direito não se confunde com a força, mas também não pode simplesmente abrir mão dela e, justamente por isso, considera-se aqui a teoria de Kelsen como uma busca pela ordem ou ordenação do uso ou exercício da força para assim poder se falar em eficácia do poder (KELSEN, 1998a). Entretanto, essa eficácia encontra legitimidade, em última instância, em uma norma pressuposta no pensamento. A questão então é como operacionalizar essa estrutura em Kelsen, problema que remete, em última instância, à questão da relação entre direito positivo e direito natural, já exposta neste artigo. A solução dada por Kelsen perpassa necessariamente pela Hermenêutica, especialmente na produção e aplicação das normas jurídicas, semeando um terreno fértil que gerará os frutos do pós-positivismo.

Para que seja possível que o uso ou exercício do poder eficaz alcance legitimidade, a estrutura escalonada da ordem jurídica é necessária, tendo em vista principalmente a característica da autorregulação da produção e aplicação de normas jurídicas. As normas jurídicas após estarem postas, ao receberem o fundamento da norma fundamental, são estruturadas de forma escalonada, de maneira que a partir da Constituição (empírica) recebem legitimidade interdependente em escalonamentos inferiores, como a legislação, o costume, o decreto, jurisprudência e atos negociais contratuais. Todas essas ditas fontes de direito devem estar em harmonia com a Constituição, que define a regulação de produção de normas, fundamentada na norma fundamental (ideal/dever ser) (KELSEN, 1998a).

A produção e aplicação do direito então estão condicionadas à norma fundamental, de maneira que as normas que regulam a produção e aplicação do direito também estão fundamentadas na norma fundamental. Para Kelsen estas normas então coincidem no Estado, com o ápice na afirmação de que “é o Estado que cria o direito” (KELSEN, 1998a, P; 164). Se o Estado é que cria o direito e o direito é autoprodutor e autoaplicador, inclusive produzindo o Estado, então há coincidência entre ambos, num único círculo. E este círculo se mantém unitário por meio da possibilidade do uso da força. Se a organização estatal não respeitar sua própria produção jurídica, então seus atos serão considerados nulos ou anuláveis (no exemplo de atos arbitrários do legislativo, do judiciário e do executivo, que podem legiferar leis inconstitucionais, decidir decisões judiciais passíveis de rescisões e executar planos inadequados que podem gerar penalização), passíveis de algum tipo de correção (ineficácia, reforma e responsabilização) que caso não seja efetivada, poderá ser objeto do uso da força pelo próprio Estado para sua implementação.

Quando o Estado produz e cria normas, está ao mesmo tempo, aplicando-as. Isso quer dizer que na observação de produção e criação de normas há a aplicação de normas. De outro modo, a aplicação de normas produz e cria normas inferiores, pois estão limitadas por normas superiores e, por isso ser assim, Kelsen afirma não haver oposição absoluta entre aplicação e produção/criação de normas. Dessa forma é que a “aplicação do direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma” (KELSEN, 1998a, p. 164).

Se a produção/criação e aplicação do direito não são coisas tão distantes, é importante lembrar que o pressuposto de limitação mínima da norma é considerado para todos esses atos. Isso quer dizer que a produção/criação e aplicação do direito estão atreladas a criações mínimas já existentes na ordem jurídica, na comunidade jurídica,



fundamentadas na norma fundamental e principalmente nas Constituições, normas essas possíveis de verificação empírica na realidade. Sem sombra de dúvidas se cria norma ao se aplicar a norma em um nível mais inferior de normatividade escalonada, entretanto, isso não é algo arbitrário, subjetivo. O escalonamento é que dá essa objetividade pela norma fundamental e essa criação e aplicação de normas possui um limite que se impõe pelo próprio ordenamento (KELSEN, 1998a, p. 165). Não há nenhuma pessoa, nenhum jurista que poderia criar uma ordem jurídica totalmente de um “ponto zero”, pois a norma fundamental não permitiria logicamente tal criação. Em outros termos, sempre existirá um sentido mínimo de significação jurídica que permitirá objetividade jurídica.

Esse ponto da teoria de Kelsen é de grande importância nesse estudo, pois levará ao conseqüente da moldura kelseniana de sentido, logo, para questões de Hermenêutica e interpretação, que são temáticas focais do pós-positivismo. Na produção/criação/aplicação jurídica é que se tem a eficácia propriamente dita do sistema coativo e, por isso mesmo, a Teoria Pura será direcionada ao problema da interpretação e da decisão (KELSEN, 1998a, p. 165 – 166). Nesse sentido, todo ato de decisão sobre alguma questão jurídica é um ato de produção ou criação limitado pelas normas preexistentes na ordem jurídica (KELSEN, 1998a, 187 – 188). A questão que subsiste - inclusive até hoje, no período do pós-positivismo - é: como operacionalizar isso?

3.3 Interpretação e Decisão Jurídicas

Segundo Kelsen (1998a, p. 245): “quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, e este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas”. Repara-se que Kelsen cita “órgão jurídico” correlacionando com a necessidade de fixação de sentido daquilo que ele vai aplicar, e isso só pode ser feito por meio da interpretação. Por isso o autor ainda afirma: “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 1998a, p. 245).

Na estrutura escalonada a interpretação tem o papel de determinar o sentido das normas jurídicas, de modo a determinar o sentido que se dará a um ato de aplicação do direito. Uma sentença, um ato administrativo, o processo legislativo, o contrato, são todas formas de aplicação do direito. Porém, nenhum deles possui um sentido absoluto antecipadamente à aplicação do direito, que é determinado no próprio ato de interpretação das normas jurídicas (KELSEN, 1998a, p. 245).

Kelsen é um neopositivista do Círculo de Viena que conhece a problemática inerente à indeterminação da linguagem e afirma categoricamente que as normas jurídicas, apesar de preverem algum sentido na sua estrutura escalonada, não o possuem absolutamente (SIMIONI, 2014). Isso implica na problemática da indeterminação da linguagem, logo na indeterminação das normas jurídicas, que necessariamente estará presente no direito, pois, em última instância, esse também pode ser concebido enquanto linguagem.

As indeterminações de sentido podem ser intencionais, quando a norma propositalmente foi estruturada para conferir indeterminação de sentido (uma cláusula aberta como a boa-fé objetiva no Direito Civil, por exemplo) e indeterminações não intencionais, que é justamente decorrente do problema de indeterminação da linguagem (KELSEN, 1998a, p. 246 – 247) (como a ausência de previsão legal para resolução de determinado caso que foge aos padrões jurídicos normativos ou mesmo a generalidade da norma existente). Porém, em ambos os casos existe o que Kelsen chama de moldura ou quadro do direito (KELSEN, 1998a, p. 246), que possibilitará mais de uma única



solução para um caso em específico, dentro de limites de sentidos estipulados no próprio ordenamento jurídico. Nesse ponto Kelsen identifica então que o positivismo não gera uma única resposta para os problemas jurídicos, mas sim diversas possibilidades de sentidos nos limites desta moldura (KELSEN, 1998a, p. 248).

Nem mesmo os métodos tradicionais de interpretação são suficientes para determinar “o” único sentido da norma, mas cada um levará a uma possibilidade de sentido (KELSEN, 1998a, p. 248). Com esses métodos tradicionais (vistos no início deste artigo) acreditava-se na possibilidade de chegar-se a uma verdade preexistente ao direito, como se fosse uma essência passível de ser “pinçada” em outra dimensão transcendente ao próprio direito. Kelsen categoricamente afirma que isso é impossível, pois se trata de uma “auto ilusão” – inclusive criticando a jurisprudência dos interesses e o método da ponderação de interesses – pois tais métodos levam a diversas possibilidades de resolução do problema jurídico (KELSEN, 1998a, p. 249) e não a apenas uma única resposta.

Nesse sentido é que o ato de interpretar é o ato cognoscitivo de “fixação do sentido do objeto a interpretar” (KELSEN, 1998, p. 247). Para o direito isso quer dizer a determinação de uma das possibilidades de sentido na moldura do direito. Tratar o direito dessa maneira não põe óbice algum para a busca de segurança nas relações jurídicas. O ato de interpretação é o momento de maior determinação de sentido no escalonamento hierárquico de Kelsen, no qual dentre diversas possibilidades de sentido cabe ao intérprete indicar um deles como decisão, sempre limitado pela moldura de sentido. Existe um mínimo de previsibilidade passível de controle com base nessa estrutura de decisão e interpretação e é isso que, no fundo, a Teoria Pura do Direito pretende. Aqui reside o resultado prático da busca pela objetividade científica do direito.

Nesse contexto da obra de Kelsen importante apontar a peculiaridade e distinção entre os tipos de interpretação que ele delinea, a autêntica e inautêntica, já que isso é determinante para compreensão do resultado prático de sua teoria.¹⁹ Existe uma diferença entre a interpretação de um órgão jurídico e uma pessoa privada ou mesmo aquela feita pela Ciência do Direito, diferença essa que reside na vinculação (obrigatoriedade de comportamento) em relação à interpretação. A primeira é a interpretação (a qual Simioni denomina de decisão jurídica) que produz o direito que é válido e vinculante (obrigatório), conforme a atribuição de competência ou atribuição de poder para tal – como um órgão julgador, órgão legiferante ou órgão executivo. A segunda são as interpretações (interpretação propriamente dita ou interpretação simples conforme denomina Simioni, diferente da decisão jurídica) que resultam em proposições jurídicas não vinculativas (que não possuem condão de obrigar comportamentos), como as criadas pelos advogados ou estudiosos do direito, por exemplo. No primeiro caso temos o autocontrole estatal de produção e aplicação do direito regido pelo princípio dinâmico que resulta nas validações jurídicas; no segundo caso temos a ampliação do conhecimento jurídico por meio de proposições jurídico-científicas não vinculantes.

O que importa para Kelsen no que diz respeito à interpretação autêntica (ou decisão jurídica) não é uma interpretação correta (justa e materialmente boa), mas sim uma interpretação válida (formal e escalonadamente determinada), por isso autêntica

19. Simioni (2014, p. 197) renomeia com base em um critério de competência, de maneira muito clara, as classificações de interpretação autêntica e inautêntica elaboradas por Kelsen, chamando de “decisão jurídica” a “interpretação autêntica” e “simples interpretação” a “interpretação inautêntica”. A primeira é aquela realizada pelos órgãos públicos competentes e possui força vinculante para obrigar comportamentos (e por isso Simioni utiliza desse critério para renomear as classificações de Kelsen) ao passo que a segunda é aquela realizada por pessoas que não possuem tal competência formal, como estudiosos, advogados etc.



(KELSEN, 1998a, p. 249). O que é importante, portanto, é a validade do direito, que resultará em sua eficácia e imparcialidade, pois é dessa forma que o direito se manterá neutro e imparcial perante a subjetividade moral. A interpretação correta ou justa não é problema do direito e nem mesmo da Ciência do Direito, mas sim, da política ou filosofia do direito, sendo que a interpretação válida (e objetiva) é aquela que indica o sentido dentro da moldura do direito. Essa indicação se dá, conforme aponta Kelsen, por um ato de vontade, no qual o autêntico intérprete pode decidir por uma das possibilidades identificadas pelo ato cognoscitivo da decisão judicial (KELSEN, 1998a, p. 250). A objetividade decorre da previsibilidade que a moldura permite verificar e esse ato de vontade deve ficar dentro desse quadro, pois a vontade não pode ser arbitrária, mas sim determinada de alguma forma. Agora, se essa possibilidade de aplicação é justa ou não, isso não é um problema objetivo, mas sim subjetivo, tornando-se assim um objeto diferente do direito (que são normas) e estranho à Ciência do Direito.

O estabelecimento da decisão por meio do ato de vontade é o que diferencia todas as demais interpretações, principalmente a da Ciência do Direito. A primeira possui força vinculante para o órgão e para os indivíduos envolvidos perante tal aplicação de direito, sendo válida e devendo ser implementada e produzir seus efeitos empíricos. Na segunda, a interpretação não autêntica não é vinculante para o órgão e nem para os indivíduos envolvidos na situação objeto da interpretação. Por isso mesmo existe a possibilidade de que um órgão considere alguma interpretação científica errônea do ponto de vista da aplicação autêntica do direito e escolha por outra interpretação, não científica talvez, mas objetivamente auferível dentro do quadro de sentido kelseniano. Essa decisão, ainda que possa ter pouca veracidade científica – já que poderia destoar do que se considera a “melhor doutrina” – é válida e deve ser implementada, apresentando efeitos empíricos.

A interpretação da Ciência do Direito não cria um novo direito, como é o caso da Jurisprudência dos Conceitos – que é repudiada pela Teoria Pura – que possam ser considerados “direitos” vinculantes. A Ciência Jurídica tem a função de estipular as possibilidades de sentido das normas, mas não perante uma tomada de decisão, que será feita por um órgão competente que apesar de poder escolher uma das proposições jurídicas, não está vinculado a ela. A interpretação da Ciência Jurídica não estipula qual a melhor interpretação ou a mais correta (isso é interpretação político ou filosófico-jurídica), cabendo à Ciência Jurídica o estabelecimento das diversas possibilidades científicas, como descrições e juízos de fato, análogos às ciências naturais (KELSEN, 1998a, 251).

Da interpretação científica não autêntica pode mostrar ao legislador qual longe sua obra está do ponto de vista técnico-jurídico de uma formulação que promova menos equívocos possíveis. Caso não exista uma correlação entre a ampliação de conhecimento jurídico produzida pela Ciência do Direito e a estrutura estática jurídica, o legislador poderá recepcionar tal conhecimento para as reformas necessárias, porém, nenhuma pessoa poderá opor isso como forma de deturpar a ordem jurídica existente. A filosofia e a política não podem roubar a cena do direito, sob pena de roubar também o objeto do direito e possivelmente gerar uma revolução, que instauraria uma nova ordem jurídica; ou, no mínimo, produzir irregularidade e insegurança no sistema jurídico como um todo, já que caso a revolução não fosse implementada, a desordem jurídica seria certa. Disso fica a conclusão que considerar a inevitável pluralidade de significações para tentar diminuir essas a um mínimo pode promover maior grau de segurança jurídica (KELSEN, 1998a, p. 251). Por outro lado, para o legislador atento e para uma soberania popular eficaz, essa estrutura pode ser muito boa para aperfeiçoamentos no sistema



jurídico, o que é um ganho em tanto, pois Kelsen criou uma teoria que permite estabilidade jurídica e possibilidade de aperfeiçoamento contínuo ao mesmo tempo.

Kelsen limita seus estudos a estipular a estrutura normativa do direito, não adentrando em questões mais aprofundadas sobre teoria da decisão e interpretação jurídicas e suas implicações materiais no âmbito do direito (ainda que tenha escrito um livro intitulado “O problema da justiça”). Tão pouco especifica discussões sobre regras e princípios à maneira como se faz atualmente no período do pós-positivismo.

Entretanto, suas contribuições para o conhecimento jurídico serão contraponto para reflexões acerca da teoria da decisão, interpretação e argumentação jurídicas e principalmente quanto à reinserção de valores no direito (ou a busca de sua função) (BOBBIO, 2007, p. 33 – 33; DAL RI, 2015, p. 282) na segunda metade do século XX e início do século XXI. Sob esse aspecto é que o positivismo jurídico clássico e o positivismo jurídico normativista, este representado pela Teoria Pura do Direito, são importantes para o pós-positivismo, pois toda a operacionalização de regras e princípios em tal período, principalmente em Alexy (2015) e Dworkin (1999), ocorrerá em virtude dos reflexos teóricos de Kelsen.

Este artigo se resume em apresentar sinteticamente a teoria de Kelsen e demonstrar que ele se preocupou em tentar fazer uma teoria avaliativa para, a partir daí, abrir o campo para o chamado pós-positivismo. O período do pós-positivismo se destacará pela busca de como decidir juridicamente, com segurança, de forma que se tente manter a justiça material (trabalhando com a dimensão axiológica do direito). E isso é feito sobre estudos direcionados para decisão jurídica e a interpretação, principalmente sob a ótica da argumentação jurídica e a reinserção de princípios morais e valores éticos no campo do direito (KELLY, 2010, p. 512).

CONCLUSÃO

Como se demonstrou o positivismo jurídico e jusnaturalismo em toda a história do direito andaram em antítese, em determinados momentos mais aproximados e em outros mais separados. Entretanto, o século passado vivenciou um período em que o jusnaturalismo percebeu sua queda a mero supressor de lacunas do direito positivo, evidenciando a ascensão deste como o único direito válido. O positivismo jurídico em geral legou uma série de postulados que são aproveitados ainda nesse período histórico, desde a consolidação do monopólio da produção jurídica estatal e os consequentes do formalismo e imperativismo jurídicos, até os expedientes constitucionais da separação dos poderes e representatividade política (soberania popular). Até o século passado a lei como razão suprema (genérica, abstrata e racional) acabou sendo objeto principal de um modelo mental baseado na operacionalização lógica da subsunção do fato à norma.

Os ideais de neutralidade, imparcialidade, objetividade permitiram que do ponto de vista doutrinário o direito percebesse o formalismo jurídico alicerçado em uma teoria da coatividade como produto final para o conhecimento jurídico. A ideia da lei como principal fonte jurídica consolidada acabou cedendo espaço para a teoria do comando (imperativismo) e a forma de operacionalizar o direito se deu por ficções jurídicas. A coerência e completitude do direito permitiram criar formas de resolução de conflitos de normas dentro do próprio ordenamento (critérios cronológico, hierárquico e de especialidade no caso de antinomias e, de autointegração por meio da analogia e princípios gerais do direito, no caso de ausência de normas).

Nesse contexto de busca de objetividade científica (almejada com olhos voltados ao “sucesso” das ciências naturais) foi produzido o dogma de que no direito operavam



somente atos descritivos, sobrepondo-se aos criativos. Os meios interpretativos para isso seriam os textuais (léxico-gramatical, teleológico, sistemático, histórico) e extratextuais (analogia), e a hermenêutica era considerada um acessório para o jurista e não um conhecimento autônomo. Em resumo, o positivismo jurídico clássico, nas palavras de Bobbio, pode ser considerado uma abordagem (método), uma teoria (proposições científicas) e uma ideologia (valor), não tendo o mesmo peso e importância da Hermenêutica e da interpretação no pós-positivismo.

Para além das considerações gerais sobre o positivismo jurídico, Kelsen recebeu destaque, principalmente por causa do positivismo normativista, mais aperfeiçoado que tantos outros positivismos. A sua proposta com a Teoria Pura do Direito era criar uma genuína Ciência do Direito (proposições científicas) que conseguisse determinar bem o seu objeto: o direito (normas). Para operacionalizar sua teoria e fechar um círculo de autocorrespondência de fundamentação do direito, utilizou da estratégia da norma fundamental. Nem o cosmos, nem Deus ou mesmo a razão do homem seria o fundamento último da validade do direito, mas tão somente a norma fundamental hipotética.

Essa ficção jurídica permitiu explicar a operacionalização estática e dinâmica do direito, principalmente quanto ao exercício da força “no” e “pelo” direito, bem como as próprias limitações estáticas e dinâmicas do ordenamento jurídico e dos sentidos jurídicos. Neste último caso, visualizou-se mais especificamente escalonamento dinâmico de normas em sua aplicação, criação e produção normativa. Como ponto focal do artigo, a interpretação e decisão jurídicas (autêntica e inautêntica) em Kelsen permitiram evidenciar que a problemática que deu origem ao pós-positivismo foi a sua “moldura de sentido”. A base do pós-positivismo em última instância perpassa por um problema de linguagem e sentido e, sobretudo, hermenêutico, de interpretação e decisão jurídicas.

O pós-positivismo é uma corrente jusfilosófica que destaca um período da história do direito e seu marco teórico está voltado principalmente aos direitos fundamentais e à argumentação jurídica. Como o corte axiológico de Kelsen se demonstrou insuficiente para lidar com os problemas jurídicos - já que o objeto do direito comporta dimensões valorativas que devem ser enfrentadas por esse conhecimento - a período após o positivismo jurídico vem com forte refutação a postulados consolidados como neutralidade, imparcialidade, objetividade, coerência e completude do direito.

As questões hermenêuticas que antes eram acessórias ao jurista (como aqueles de fundamentação do direito no século passado) acabaram ganhando papel principal nos debates acadêmicos e do cotidiano forense, já que os métodos tradicionais de interpretação e resolução de conflitos normativos do ordenamento jurídico já não eram mais suficientes aos problemas apresentados então, especialmente no decorrer do século XX e início do século XXI. Foi nesse contexto que teorias de princípios e direitos fundamentais de autores como Dworkin e Alexy surgiram para dar novas respostas a problemas humanos e jurídicos que envolvem valores humanos, justiça, ética e moral, porém, sem desconsiderar os avanços que as correntes anteriores consolidaram (em especial Kelsen).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2015.



ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª Edição revista e atualizada. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BOBBIO, Norbert. Giusnaturalismo e giuspositivismo. **Enciclopedia Delle Scienze Sociali**. Roma, 1994. Disponível em http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/. Acesso em 20. mai. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, passim.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo, SP: Editora Brasiliense, 1994.

CORPUS JURIS CIVILIS. DIGESTO. Equipe responsável: coordenação e tradução Edilson Alkmim Cunha; Antonio Catão Alves... [et al]. Brasília: TRF1, ESMAF, 2010.

DAL RI, Luciene. Norberto Bobbio e o positivismo jurídico: entre a concepção de direito e as normas premiais. In: GELAIN, Itamar Luís (Org.). **Uma introdução à filosofia do direito**. Ijuí: Unijuí, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Minas Gerais, v. 102, n. 1, p. 215 - p. 254, jan./jul., 2011.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad. Ciro Mioranza. 2. ed. Coordenador Arno Dal Ri. Ijuí, RS: Unijuí, 2005.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito**. 3ª Edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução Heloisa da Graça Burati. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

KELLY, John Maurice. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução Marylene Pinto Michael. Revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: volume II: o século XX**. Revisão de tradução Carlos Aberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PLATÃO. **Timeu- Crítias**. Tradução do grego, introdução, notas e índices: Rodolfo Lopes. 1ª ed. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. **Os legados de Norberto Bobbio**. Academia Brasileira de Letras. 2004. Disponível em: <http://www.academia.org.br/artigos/os-legados-de-norberto-bobbio>. Acesso em 12. abr. 2017.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão Técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lênio. No clima de Natal, não poderia faltar a carta de um jurista para o Papai Noel. **Conjur – Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-dez-21/senso-incomum-clima-natal-nao-faltar-carta-papai-noel>. Acesso em 20. mai. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.



O APADRINHAMENTO AFETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Joelma de Amorim¹
Janaina Silveira Soares Madeira²

Resumo: O presente estudo trata do apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente pela pessoa jurídica e do direito à convivência familiar e comunitária. É direito constitucional da criança e do adolescente possuir uma família, seja ela natural, extensa ou substituta. Com a Lei 13.509/2017, restou possibilitado o apadrinhamento afetivo, inclusive por pessoa jurídica. Deste modo, a importância do tema reside no fato de que existe a perspectiva do apadrinhamento afetivo pela pessoa jurídica exclusivamente de cunho financeiro e seu significativo reflexo nas garantias constitucionais da criança e do adolescente, especialmente no que tange à convivência familiar e comunitária. Busca-se no presente artigo demonstrar se o apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente pela pessoa jurídica poderá comprometer o direito à convivência familiar e comunitária. A pesquisa tem abordagem qualitativa, do tipo bibliográfico e documental com análise de dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA). O método é dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. Frente a esse contexto observa-se que o apadrinhamento pela pessoa jurídica é bem-vindo, mas o Estado não pode abandonar crianças e adolescentes com remotas chances de serem adotadas, uma vez que somente o apoio financeiro ofertado pela pessoa jurídica não substitui à convivência familiar e comunitária.

Palavras-chave: Apadrinhamento afetivo. Convivência familiar e comunitária. Direito da criança e do adolescente.

INTRODUÇÃO

O estudo do apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente e do direito à convivência familiar e comunitária, o que proporciona uma profunda e significativa reflexão acerca da realidade em que esses sujeitos encontram inseridos. Em 2017, foi inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, o artigo 19-B que trata do apadrinhamento, com o propósito de conquistar novos laços afetivos externos e resguardar o direito ao convívio familiar.

Desse modo, a sociedade vem contribuindo de forma significativa para transformar o cenário atual do acolhimento por meio de programas que possibilitam diversas pessoas a tornarem-se padrinhos, assegurando a convivência familiar e comunitária, resgatando o vínculo afetivo, o desenvolvimento moral, físico, psicológico e, assim, contribuindo de forma ativa para o crescimento dos sujeitos acolhidos. Insculpido em norma jurídica de eficácia máxima, é direito constitucional da criança e do adolescente possuir uma família, independente da formação, seja ela natural, extensa ou substituta.

O apadrinhamento faz com que a criança e o adolescente possam ter oportunidades de ampliar seu relacionamento com a efetiva participação e o convívio dentro de outros ambientes. É importante ressaltar que o apadrinhamento busca efetivamente acompanhar a vida da criança e do adolescente na tentativa de resgatar os meios existentes para seu pleno desenvolvimento como ser integrante da sociedade. Ademais, o apadrinhamento não oportuniza a preferência da adoção, sendo uma alternativa para garantir o acesso ao convívio afetivo que a criança e o adolescente tanto necessitam.

Com a Lei 13.509/2017, restou possibilitado o apadrinhamento, inclusive, por pessoa jurídica. A perspectiva do apadrinhamento afetivo pela pessoa jurídica é de cunho

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: amorimjo@bol.com.br.

2. Professora Mestre da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Advogada. E-mail: janaina@holzmadeira.com.br.



financeiro, refletindo diretamente no objetivo das garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, especialmente na questão de patrocinar o mínimo de dignidade no que tange à convivência familiar e comunitária. O apadrinhamento tem como premissa maior garantir à criança e ao adolescente o convívio afetivo que eles não dispõem, por meio de alguém que possa ativamente dar apoio e acompanhá-los em seu desenvolvimento para além da esfera financeira, sendo essa uma tarefa do Estado para com os sujeitos institucionalizados. Numa dimensão maior, o apadrinhamento, enquanto responsabilidade de toda a sociedade, leva à inclusão das crianças e dos adolescentes na família e na comunidade, enquanto sujeitos de direito.

Mesmo com as diversas alternativas de resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, muitas vezes esses sujeitos não conseguem ser inseridos como membros efetivos de uma família, independentes da estrutura do arranjo familiar. Busca-se modificar cada vez mais o atual cenário, com políticas complementares no intuito de garantir a eficácia plena do convívio familiar e comunitário. Nesse sentido, se positivou no artigo 19-B, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que pessoas jurídicas podem apadrinhar, na expectativa de contemplar melhores condições afetivas destes membros privados de tal direito.

Ocorre que, o apadrinhamento afetivo da criança e do adolescente pela pessoa jurídica limita-se ao auxílio financeiro, abrindo discussão quanto ao resguardo do direito à convivência familiar e comunitária. É evidente, contudo, que os laços de afetos nesta modalidade não são propiciados para condizer o sentido de família para às crianças e os adolescentes que se encontram em situação de fragilidade. A pessoa jurídica auxilia com certo valor para o desenvolvimento da criança e do adolescente, no entanto, deixa de contemplar aspectos importantes da sua formação de ordem social, moral, físico, cognitivo e educacional.

Assim, frente ao direito de convivência familiar e comunitária, nota-se que o apadrinhamento afetivo meramente de cunho financeiro reduz a possibilidade do convívio afetivo da criança e do adolescente e, de certa forma, negligência a verdadeira função de restabelecer o amor fraterno. Desse modo, entende-se que, perante o atual cenário em razão da demora em inserir as crianças e os adolescentes em uma família substituta, o Estado pretende transferir parcela de sua responsabilidade às pessoas jurídicas, sem enfrentar efetivamente o cerne do problema e se afastando do texto constitucional.

1. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

1.1 A convivência familiar e comunitária como direito fundamental da criança e do adolescente

A sociedade diuturnamente busca assegurar os direitos da criança e do adolescente, com a intenção de incentivar a defesa e promover a proteção integral e a prioridade absoluta em benefício da participação como integrante efetivo da comunidade. Em razão disto, crianças e adolescentes gozam de direitos fundamentais, sendo um deles o convívio familiar e comunitário, como ressalta Ishida (2016). Acrescenta o autor que, somado ao direito à convivência familiar, a criança e o adolescente necessitam estar inseridos na comunidade, tendo em vista o seu direito fundamental na coletividade, contemplando os mais variados cenários, contribuindo assim para o seu significativo desenvolvimento.



Neste contexto, o direito à convivência familiar e comunitária está assegurado em diversas normas jurídicas, como lembra Pereira (2004, p. 640), em que, "se hoje criança e o adolescente são sujeitos de direitos reconhecidos no ordenamento jurídico nacional e internacional e objeto de amor e de intensa proteção e afetividade da família, é preciso lembrar que nem sempre gozaram dessa privilegiada situação". O artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, declara a garantia de todos os direitos fundamentais da lei ou de que qualquer outro meio que possa preservar as oportunidades para o processo de desenvolvimento, sob a forte proteção das condições de agregar o aprimoramento moral, mental e a dignidade das crianças e dos adolescentes (NUCCI, 2018). Desde a consagração da norma jurídica no Brasil, que assegura severamente a proteção integral à criança e ao adolescente sob a luz da Constituição de 1988, elencou no seu artigo 227, o direito à convivência familiar e comunitária. Além disso, o ECA, no artigo 4º, avigorou tais garantias, definindo exatamente o dever de todos em relação à criança e ao adolescente.

As aplicabilidades dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes têm amparo especial e prioritário na sociedade, a CRFB/1988, em seu artigo 227, atribui ao Estado, a família e toda população em geral a garantia e proteção dos direitos à criança ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, à convivência familiar e comunitária e dentre outros direitos que são essências para o pleno desenvolvimento humano.

Dispondo a Constituição de 1988, de valor axiológico máximo e, de forma explícita, estabelece a responsabilidade comum e compartilhada de todos os envolvidos, pelo princípio da garantia do melhor interesse na proteção integral de direitos da criança e do adolescente, reforçando seus vínculos para seu pleno desenvolvimento como ser humano (LIMA e VERONESE, 2012). É no seio familiar e na comunidade que se constrói o caráter da criança e do adolescente, desenvolvendo no ambiente familiar a prática contínua do afeto, amor e a solidariedade, com embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, é necessário que todos se envolvam na concretização desse alicerce, como diz Pereira (2004, p. 639), pois "temos de considerar primordialmente que qualquer análise da convivência familiar deve passar essencialmente pela interação entre seus membros e com o grupo social, reconhecendo os valores que representem a sua comunidade".

Destarte, quanto ao princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, é essencial que todos os envolvidos cumpram o seu papel fielmente na preservação dos vínculos afetivos, aprimorando efetivamente suas responsabilidades dentro das decisões familiares, assim elevando sempre a prioridade do melhor interesse com a garantia de propiciar um ambiente saudável em pleno desenvolvimento (ARAUJO JÚNIOR, 2017).

Diante da grande valia que envolve o cenário familiar, as alternativas para que o direito à convivência na família e na comunidade alcance a estrutura de uma sociedade que realmente deseje resguardar os direitos da criança e do adolescente é o comprometimento na participação em defesa destes interesses.

Nas lições de Moraes (2018), quando se fixa a atenção no interesse da criança e do adolescente, o ponto a ser defendido é a proteção integral dos direitos de personalidade dos sujeitos. Ademais, é nesse sentido que o ordenamento jurídico pátrio deve estar voltado, a fim de oferecer às devidas orientações e direcionamentos judiciais. Assim, ao adotar um conceito alinhado ao que dispõe a Constituição de 1988, no tocante aos direitos fundamentais, deve-se garantir a máxima eficácia e proteção aos que se



encontram em estágio de desenvolvimento, tanto na estruturação física, quanto psíquica, até garantir o alcance da maioridade civil.

No que se refere à responsabilidade de todos os entes, com relação aos princípios norteadores dos direitos das crianças e dos adolescentes, se faz útil sua aplicabilidade em todos os campos, não deixando de respeitar as normas impostas, mas proporcionando um sistema garantidor dos direitos fundamentais (LIMA e VERONESE, 2012).

1.2 A família natural, extensa ou substituta

A humanidade vem permeando ao longo do tempo diversas mudanças com relação ao tema família. Como afirma Oliveira (2002, p. 223), "a família é, ao mesmo tempo, fator e reflexo de mudanças sociais. Sua análise em determinado período dá exatamente a noção política, econômica e social de uma nação". Os propósitos essenciais imersos no conceito de família atual, como aponta Amin (2018), são, portanto, estabelecer a ideia de que o ser humano está em constante evolução, descaracterizando a estrutura tradicional de constituição familiar, buscando, desta maneira, uma moderna noção de família.

Consoante o destacado por Moraes (2018, p. 1532), no artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição do Brasil de 1988, tem-se que "*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*". Carvalho (2018) apresenta as diversas modificações que reconhecem as novas formas de construção familiar, desmistificando o antigo cenário e adequando a sociedade ao novo olhar diante de outras formas de família. Assim, é importante ressaltar que, independente dos arranjos familiares, o que deve prevalecer sempre é o afeto diante das possíveis uniões.

A junção da Constituição de 1988, com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, fazem referências aos direitos fundamentais, com capítulo específico do direito à convivência familiar e comunitária em seu artigo 19, como demonstra Nucci (2018, p. 75), em que é direito "*da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral*". O ECA reforça a questão de que as crianças devem ser criadas no seio familiar, incentivando o convívio natural e, somente quando todas as tentativas estiverem esgotadas se permita a transferência a outra família, extensa ou substituta. Cabe ao Estado assegurar a proteção dos direitos, neutralizando qualquer tipo de violação contra esses sujeitos, fazendo-se presente na questão de possibilitar o acolhimento, crescimento e desenvolvimento das famílias (AMIN, 2018; NUCCI, 2018; ELIAS, 2010). O Estatuto da Criança e do Adolescente, aponta três espécies de famílias: a natural, a extensa e a substituta.

O artigo 25, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente, elenca a família natural como a organizada pelo pai, mãe, filho e seus descendentes, assim unida por laços biológicos (PEREIRA, 2004). Ainda, no artigo 25, parágrafo único do ECA, compreende como família extensa ou ampliada aquela que se expande além dos pais, composta pelos parentes mais próximos, em que as crianças ou os adolescentes vivem um intenso vínculo de afeto e afinidade (ARAUJO JÚNIOR, 2017).

Já a família substituta, descrita no artigo 28, *caput* do ECA, aponta um modelo de exceção, ressaltando a colocação por meio de guarda, tutela ou adoção. Neste mesmo entendimento, relata Araujo Júnior (2017, p. 31) que "*o menor em situação irregular, cujo poder familiar tenha sido extinto, perdido ou suspenso, será preferencialmente colocado em outra família, a fim de preservar seus interesses*". Desta forma, pontua Dias (2004)



que a família não é mais formada pela tradicional conjuntura de pais naturais e sim pela existência do vínculo afetivo, podendo ser formada por outras espécies de arranjos familiares, possibilitando às crianças e aos adolescentes viverem mais felizes.

1.3 Os princípios constitucionais do Direito das Famílias

A promulgação da Constituição do Brasil de 1988 ratificou vários princípios importantes, reconhecendo a centralidade da família como formadora social. Significa dizer que são inúmeros os princípios que norteiam o Direito das Famílias positivados no texto constitucional, sendo muitos deles demonstrados como princípios explícitos e outros princípios implícitos (PEREIRA, 2018).

Impende destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso III - Título I - dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988, possuindo valor supremo e absoluto, prevalecendo em uma relação de conflitos sobre as demais normas, estabelecendo a proteção dos direitos inerentes ao ser humano, e afirmando que todos são iguais perante o direito. Sua aplicabilidade no Direito das Famílias parte do pressuposto, segundo Carvalho (2018), que a família é a base da sociedade e que todos os membros individualmente são resguardados de proteção, desenvolvimento, respeito e afeto. No artigo 3º, inciso I, dos Direitos Fundamentais, destaca-se o princípio da solidariedade, impondo ao Estado, à comunidade e à família o dever de proteção, cuidado e zelo com as crianças e adolescentes, prestando solidariedade emocional, material, psicológica e afetiva.

Outrossim, o artigo 226 da Constituição de 1988, demonstra que a família é a base da sociedade, no decorrer do parágrafo 4º, identifica a pluralidade das formas de família. O parágrafo 7º institui o princípio da paternidade responsável, contemplando, desta feita, a escolha de modo livre o planejamento familiar do casal. Por fim, o parágrafo 8º, informa a responsabilidade do Estado de garantir a efetiva assistência à família, contribuindo no bem estar de forma individual.

Ademais, o artigo 227 da Constituição de 1988, afirma a integração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com respaldo no artigo 4º, do ECA, indicando com obrigatoriedade o objetivo de assegurar os direitos garantidos pelo Estado, descrevendo a participação especial da sociedade e da família, elegendo assim absoluta prioridade de forma compartilhada para cada indivíduo, zelando seu crescimento, sua formação moral e social (MORAES, 2018; LIMA e VERONESE, 2012). Ainda, em relação aos artigos 226 e 227 da CRFB/88, o princípio da afetividade encontra-se de forma implícita no texto constitucional, sendo um dos fundamentos essenciais do moderno Direito das Famílias, estando interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que busca a valoração do indivíduo, fortalecendo de maneira mais intensa o sentimento positivo na criação de uma relação familiar saudável e com consagração do afeto como valor jurídico.

Na mesma linha, o artigo 229 da Constituição e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o dever de cuidado, sendo importante salientar que este cada vez mais ganha força nas decisões judiciais. Destarte, aponta a questão de várias condutas aplicadas pelos familiares, baseada no compromisso, e no dever de contribuir na educação e na criação dos filhos, por assim estarem em condições de vulnerabilidade.

Por fim, o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, como descreve Carvalho (2018, p. 41), *"é para protegê-la e aos membros mais frágeis, preservando a liberdade, a autonomia individual e evitando abusos e o arbítrio de outros. Não cabe ao Estado intervir nos projetos de vida ou nos modelos de arranjos familiares"*,



havendo premissa maior a eficácia da realização pessoal dos membros das famílias, carecendo ao Estado respeitar a autonomia privada e obedecer como princípio fundamental.

Verifica-se, portanto, que os princípios constitucionais perpassam o Direito das Famílias, os quais fornecem os alicerces necessários para a compreensão legal de família, e a efetiva compreensão da realidade contemporânea em que a sociedade se encontra inserida (OLIVEIRA, 2002).

2. O APADRINHAMENTO AFETIVO INSERIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA LEI 13.509/2017

2.1 Conceito e fundamentos do apadrinhamento afetivo

A Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, no tocante à adoção, ao apadrinhamento e acrescentou o dispositivo 19-B no ECA, que trata dos programas de apadrinhamento de crianças e adolescentes que se encontram nas instituições de acolhimento, ainda que esses projetos já aconteciam sem previsão legal, através de projetos realizados no âmbito das entidades de acolhimento, em decorrência de aplicação de artigo específico do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, para obter maior clareza a respeito do significado de apadrinhamento, conceitua-se tal fenômeno nas palavras de Rossato, Lépure e Cunha (2018), a medida de proteção para as crianças e adolescentes com objetivo de proporcionar afeto e convivência familiar externa, promovendo, assim, o desenvolvimento da criança e do adolescente em diversos aspectos. É fundamental discutir a profundidade do conceito de apadrinhamento na esfera dos sentimentos aflorados entre as partes, na questão de perpassar seguranças emocionais saudáveis, com o propósito de resgatar o amor da criança e do adolescente. Anota Nucci (2018, p. 100) que, "*apadrinhar significa proteger, sustentar, favorecer, tutelar, enfim, tomar conta de algo ou alguém*", no intuito de fazer com que esses sujeitos possam ter o mínimo de dignidade para enfrentar a vida de maneira mais humana.

Desta feita, o grande objetivo do apadrinhamento, como lembra Rossato, Lépure e Cunha (2018, p. 164), "*é oferecer à criança e ao adolescente com remotas chances de adoção um referencial externo à realidade institucional dos acolhimentos*", possibilitando novas chances na construção do vínculo afetivo duradouro entre o padrinho/madrinha, e o menor acolhido.

2.2 As modalidades de apadrinhamento

Inicialmente, cabe salientar as dificuldades enfrentadas na inserção de crianças e adolescentes acolhidos, com poucas chances de serem adotados, permitiram a promoção do programa de apadrinhamento com algumas modalidades como forma de resguardar o direito à convivência familiar e comunitária. Assim, padrinhos e madrinhas assumem o compromisso legal de mostrar o mundo externo, além dos muros das instituições, contribuindo de forma adequada no desenvolvimento social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro da criança e do adolescente (ROSSATO, LÉPURE e CUNHA, 2018).

Como se infere, com a inserção do apadrinhamento no Estatuto da Criança e do Adolescente, na tentativa de estimular as pessoas da comunidade interessadas na causa e "*com objetivo de atender a demanda de crianças que não têm possibilidade de reintegração familiar e cuja perspectiva de adoção é remota, geralmente por terem mais*



de oito anos de idade" (FARIELLO, 2015b, web). O apadrinhamento busca então resgatar o convívio familiar, oportunizando a coletividade a participar de alguma forma no bem estar das crianças e dos adolescentes institucionalizados por meio de três possibilidades, quais sejam: o afetivo, financeiro e de serviços.

O apadrinhamento afetivo é considerado por muitos uma questão de amor, de doar-se para aqueles acolhidos que se encontram em situação de vulnerabilidade, necessitando da reintegração ao convívio familiar e comunitário. O padrinho/madrinha tem a responsabilidade de fazer com que a criança ou adolescente crie de forma verdadeira os laços fraternos e duradouros para o pleno desenvolvimento dos vínculos afetivos. É justamente para melhor compreensão que *"os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade"* (ROSSATO, LÉPORE, e CUNHA, 2017, p. 152). Dessa maneira, é essencial que o apadrinhamento afetivo possa promover em ambas as partes sentimentos sólidos, seguros e duradouros, a fim de possibilitar aos acolhidos a efetiva defesa dos princípios fundamentais das crianças e dos adolescentes, que estão resguardados na proteção integral, prioridade absoluta e o princípio da pessoa especial em desenvolvimento.

O apadrinhamento financeiro tem a finalidade de proporcionar que o padrinho/madrinha - podendo ser tanto pessoa física, como pessoa jurídica -, preste suporte, contribuindo com certa quantia mensal, sem a intenção de criar vínculos afetivos. Ademais, é importante observar que nesta questão o financiador não tem qualquer contato com a criança e ou adolescente apadrinhado, não criando laços de afeto, trocas de sentimentos e experiências, portanto, não há a efetiva realização do acolhido de viver o direito à convivência familiar e comunitária, como prevê o artigo 227 da carta maior, a Constituição de 1988 e o artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O apadrinhamento de serviços vem com o intuito de maneira voluntária, em que pese especialista em determinada área de atuação, como médicos, psicólogos, dentistas, entre outros profissionais que, em conjunto com a instituição acolhedora, promoverá prestação de serviços com o propósito de contribuir para o bem estar das crianças e dos adolescentes. O "apadrinhamento de serviços, por exemplo, os interessados realizam serviços na instituição ou fora dela, voltados à cultura, lazer, educação, saúde ou formação profissional das crianças e adolescentes, inerentes à sua profissão, ofício ou talento" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, web).

Em uma dimensão maior, os interessados podem ingressar nos programas e escolher a modalidade que mais lhe interessar, ou, ainda, podem participar de mais de uma modalidade. A intenção é proporcionar aos acolhidos sentimentos de afeto, cuidados e principalmente pertencerem a uma família, corroborando na formação da vida adulta destas crianças e adolescentes. Nada impede que, no apadrinhamento financeiro ou de serviços, a pessoa possa manter contato com o afilhado, o que, porém, se torna complexo quando se pensa no apadrinhamento pela pessoa jurídica.

2.3 O perfil da criança ou adolescente a ser apadrinhado

O artigo 19-B, parágrafo 4º, do ECA, trata do perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado, que será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Um dos requisitos primordiais tratado no parágrafo 4º, do ECA, é a questão de oportunizar aos acolhidos que se encontram em processo de



adoção e, por terem idade mais avançada não se enquadram no perfil exigido pelos futuros pais adotivo, o que os leva em muitos casos permanecer anos no abrigo.

Conforme Fariello (2015a, *web*), "*as crianças aptas a serem apadrinhadas têm, quase sempre, mais de dez anos de idade, possuem irmãos e, por vezes, são deficientes ou portadores de doenças crônicas – condições que resultam, quase sempre, em chances remotas de adoção*". É justamente por conta disso que, ao estabelecer o perfil a maior preocupação foi dar enfoque àqueles acolhidos que por diversas vezes foram rejeitados pela sociedade. Nesse mesmo sentido, explica Leal (2015, p. 145) que:

Um problema notável nas instituições de acolhimento é a constatação de crianças e adolescentes que se encontram em um verdadeiro limbo: não podem ser reintegrados à família natural, não fazem parte do perfil desejado por brasileiros, não são elegíveis, em tese, à adoção internacional e, ao completarem 18 anos, serão lançadas ao mundo.

Visto que a questão do perfil ainda está arraigado na atual sociedade brasileira, verifica-se um crescimento elevado de crianças e adolescentes institucionalizados que estão à espera de um lar. Por conta disso, é pertinente mostrar à sociedade a existência de programas de apadrinhamento, s dar visibilidade aos acolhidos que necessitam do aconchego de uma família e, promover a convivência familiar e comunitária, preceito fundamental constituído no artigo 227 da Constituição de 1988.

3 O APADRINHAMENTO AFETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O artigo 19-B, parágrafo 3º, do ECA, oportuniza que as pessoas jurídicas sejam possíveis padrinhos. Cury, Silveira e Veronese (2018, p. 239) salientam que a lei não esmiuçou como se dará o apadrinhamento, ou seja, se apenas financeiramente ou se por meio de outros tipos de ações. Distinto do apadrinhamento afetivo, esta modalidade tem cunho financeiro em que a pessoa jurídica contribui com certo valor mensalmente, que poderá ser utilizado conforme a necessidade do acolhido, como, por exemplo, na compra de vestuários, materiais escolares, remédios, dentre outras necessidades da criança ou adolescente.

Nucci (2018) reforça que o apadrinhamento realizado por pessoas jurídicas têm a vertente de apoiar financeiramente o acolhido, mais especificamente na colaboração de cunho material. É evidente que o objetivo nessa modalidade não é promover a convivência familiar e comunitária, muito menos nos aspectos social, moral e afetivo. Conforme os parâmetros da lei, o apadrinhamento pela pessoa jurídica incidirá no cumprimento estabelecido no âmbito de cada programa, pois a autonomia quanto às regras, requisitos e funcionamento será por conta de cada instituição que aderir ao programa de apadrinhamento.

Novamente, ratifica-se o que já fora explanado anteriormente, em que o apadrinhamento financeiro pode ser exercido tanto pela pessoa física, quanto pela pessoa jurídica, mas no caso de pessoa física poderá haver o contato com o acolhido, promovendo o afeto que é o principal objetivo do programa. No entanto, em se tratando do apadrinhamento pela pessoa jurídica, isso não vai acontecer, pois é uma empresa que está de pano de fundo. Ainda nas palavras de Nucci (2018, p. 101), "*o programa pode ser desenvolvido por pessoas jurídicas – estas podem até apadrinhar menores –, mas o contato depende de seres humanos*". Com tal afirmativa, é relevante observar que o dinheiro investido pela pessoa jurídica não substitui a necessidade do acolhido de ter uma



família, direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Assim, é importante reforçar que o apadrinhado precisa de contato humano, das trocas de experiências com o padrinho e ou madrinha, a fim de que sejam proporcionadas condições benéficas e estáveis para o melhor interesse da criança e do adolescente.

Frisa-se, ainda, que pouco tem-se discutido o apadrinhamento pela pessoa jurídica. O principal objetivo dos programas de apadrinhamento é garantir o bem-estar e romper com o ciclo de fragilidade emocional dos acolhidos, pois, desta maneira, muitos lá estão por muito tempo e as possibilidades de adoção se tornam remotas pelo fator “idade”. Nessa situação, o apadrinhamento pela pessoa jurídica não dispõe de referenciais afetivos que possam resguardar e incentivar os laços de amor, felicidade, segurança, autonomia, dentre outros, afinal a empresa é apenas um colaborador financeiro, não promovendo de maneira alguma à convivência familiar e comunitária. Com a alteração legislativa que possibilita o apadrinhamento pela pessoa jurídica no aspecto financeiro, é flagrante a contrariedade, em especial a finalidade do apadrinhamento afetivo, sendo latente que o parágrafo padece de compatibilidade, pois o principal requisito do artigo 19-B é resguardar a convivência familiar e comunitária àqueles acolhidos com pequena chance de reinserção familiar ou adoção. Observando as palavras de Souza e Paravidini (2011, p. 539), *"o que podemos considerar a priori é que o desejo de ser apadrinhado está atrelado ao desejo de ser adotado, ao desejo de ser querido por alguém, desejo de ser o objeto de desejo de outrem"*. O propósito de fazer a diferença na vida do apadrinhado não se aplica em essência para a pessoa jurídica uma vez que no aspecto financeiro o direito à convivência familiar e comunitária não está resguardado.

Exatamente por isto, é importante lembrar que a ordem constitucional, compilada nos artigos 227 da CRFB/88 e artigos 4º e 19 do ECA, identificados pelos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, assim determinam expressamente a obrigação de todos de garantir a convivência familiar e comunitária, seja ela de qualquer arranjo familiar. Deste modo, os artigos, a saber, reforçam o direito à convivência familiar e comunitária.

Logo, pode-se observar a existência de várias garantias legais que asseguram o direito à convivência familiar e comunitária à criança e ao adolescente, elencando, ainda, a responsabilidade de todos de inserir esses sujeitos no contexto familiar e comunitário para seu pleno desenvolvimento. O objetivo do apadrinhamento é resgatar à convivência familiar e comunitária, assim, o apadrinhamento financeiro não responde às expectativas e tão pouco se faz presente nessa tentativa, pois, como pode o dinheiro trazer convivência familiar se não proporciona vínculo afetivo? Existe, portanto, a preocupação de até que ponto o apadrinhamento pela pessoa jurídica no aspecto financeiro pode efetivamente proporcionar aos acolhidos o direito à convivência familiar e comunitária, uma vez que não cria laços de afeto e não substitui a necessidade de uma família.

Cabe indagar se o parágrafo 3º, do artigo 19-B ECA, surgiu da ideia de afastar a responsabilidade do Estado em efetivar o direito à convivência familiar aos acolhidos, permitindo empresas apadrinhar financeiramente na tentativa de corrigir uma falha do Estado Vale mencionar que o incentivo financeiro não proporciona o convívio familiar, tão pouco faz crescer a autonomia dos acolhidos a viver as experiências do mundo externo, além dos muros das instituições.

Nesse mesmo sentido, o apadrinhamento pela pessoa jurídica não abarca a importância em se ter uma família, não resolve a situação dos acolhidos e não atende o comando consagrado no artigo 227 da CF/88, que assegura o direito fundamental à convivência familiar e comunitária as crianças e aos adolescentes. Para complementar,



Piva (2014) reforça a necessidade de possuir uma família, sendo a base fundamental na construção do ser humano. Ainda nas afirmações do autor (2014, p. 103), a família tem "*o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o vasto rol de direitos difusos ali relacionados e não lhe oferecer os meios capazes de pleitear a defesa desses direitos em juízo é incompreensível*". Dessa forma, importa dizer que o apadrinhamento pela pessoa jurídica não assegura e não substitui a necessidade do acolhido de possuir uma família.

3.1 A inexistência de desenvolvimento da convivência familiar e comunitária no apadrinhamento afetivo financeiro pela pessoa jurídica

Do ponto de vista legal, o apadrinhamento afetivo disposto no Estatuto da Criança e Adolescente aponta a necessidade de trazer para o convívio social as crianças e os adolescentes que vivem por longos anos nas instituições de acolhimento ou em família acolhedora na esperança de serem adotados. "*Afinal, apadrinhar sempre significou, nos programas informais existentes, levar uma criança abrigada para a casa dos padrinhos, onde experimentará uma vivência familiar, tendo oportunidade de ter outros contatos*" (NUCCI, 2018, p. 101).

Conforme o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 52), "*a defesa dos vínculos familiares e comunitários precisa de uma retaguarda forte nas políticas públicas, incluindo ações voltadas para as crianças e adolescentes que vivem situações especiais*". Há de se observar que, se o Estado ficar satisfeito com o apadrinhamento financeiro pela pessoa jurídica, as crianças e os adolescentes ainda vão permanecer institucionalizados e, de certa forma, terão seu direito à convivência familiar e comunitária sabotado. É conveniente esclarecer que "*até hoje, de nada adiantou os inúmeros remendos a que o ECA foi submetido. Nem os inúmeros programas já instituídos ou a existência de órgãos, conselhos e fóruns voltados à proteção de crianças e adolescentes*" (DIAS, 2018, web). Isso quer dizer que os obstáculos ainda perpassam, principalmente na questão do perfil exigido pelos fato do padrinho não poder adotar o apadrinhado ou, ainda, em última análise, quando o padrinho auxilia apenas financeiramente.

Logo, "*não há como negar que a responsabilidade deste caos é do próprio Estado que acabou criando um verdadeiro ciclo do abandono. Crianças e adolescentes estão crescendo sem que lhes seja garantido o direito a um lar*" (DIAS, 2018, web). Por certo que a medida protetiva de acolhimento deve ser provisória, mas o que tem se constatado é que grande quantidade de crianças e adolescentes permanecem por vários anos institucionalizados. Assim, o apadrinhamento é bem-vindo, todavia, não se pode aceitar que seja esquecido o fim maior que é a reintegração familiar. Nesse sentido, descreve o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 44):

A nação brasileira não pode mais aceitar passivamente a existência de crianças e adolescentes 'esquecidos' nos abrigos e deve exercer sobre o tema o necessário controle social. Cabe aos gestores públicos, aos atores do Sistema de Garantia de Direitos e aos dirigentes de entidades de acolhimento institucional tratarem cada caso com a Absoluta Prioridade preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pois bem, a problemática existe e o Estado precisa ser ágil com implantação de políticas públicas mais céleres. No caso do apadrinhamento pela pessoa jurídica, pouco tem a contribuir com os verdadeiros desafios que aterrorizam as crianças e os



adolescentes, vez que não é o dinheiro que fará a mudança na parte afetiva dos sujeitos expostos a tantas fragilidades. O Estado precisa ser atuante e enérgico em não permitir que crianças e adolescentes passem por longos anos sendo negligenciados em instituições de acolhimento. Não se trata de mero capricho e, sim, do direito fundamental que lhes é resguardado. Corroborando o que já foi mencionado, o Estado precisa fomentar a adoção tardia, pois os índices apontam o crescimento de crianças e adolescentes com idades mais avançadas esperando em instituições para serem adotadas. Logo, há muito a ser feito, principalmente com relação ao perfil desejado pelos candidatos, o que faz aumentar o número de acolhidos.

É importante também ressaltar que o número de pretendentes é maior do que o de crianças e adolescentes para adoção, conforme apontam os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNJ, 2019, web). Ao analisar os índices referenciais no CNA, em 22/08/2019, observa-se, em âmbito nacional, a existência de 42.560 pretendentes aptos, ao lado de 4.973 crianças e adolescentes disponíveis para adoção. No quadro a seguir, verifica-se a distribuição dos pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária:

Quadro 1 - Total de pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária disponível

PERFIL	CRIANÇAS/ADOLESCENTES	PRETENDENTES
Disponíveis	4.973 (100%)	42.560 (100,00%)
Idade	Disponíveis:	Desejam:
- 1 ano	21 0,42%	4851 11,40%
1 ano	41 0,82%	6333 14,88%
2 anos	55 1,11%	7811 18,35%
3 anos	59 1,19%	6536 15,36%
4 anos	61 1,23%	6664 15,66%
5 anos	85 1,71%	4483 10,53%
6 anos	83 1,67%	2481 5,83%
7 anos	130 2,61%	1383 3,25%
8 anos	178 3,58%	589 1,38%
9 anos	192 3,86%	603 1,42%
10 anos	271 5,45%	231 0,54%
11 anos	287 5,77%	180 0,42%
12 anos	397 7,98%	108 0,25%
13 anos	524 10,54%	57 0,13%
14 anos	568 11,42%	46 0,11%
15 anos	681 13,69%	32 0,08%
16 anos	697 14,02%	30 0,07%
17 anos e 11 meses	643 12,93%	142 0,33%
Total	73 100,00%	60 100,00%

Fonte: Primária (2019)

Analisando os dados obtidos, constata-se que, dos 42.560 pretendentes, apenas 1.383 (mil trezentos e oitenta e três) aceitam crianças com 7 (sete) anos de idade; 589 (quinhentos e oitenta e nove) pretendentes aceitam crianças de 8 (oito) anos; passando



esse percentual a menos de 1% (um por cento) quando a idade do adolescente é de 17 anos. No caso de crianças e adolescentes, soma 4.973 disponíveis, isso quer dizer que atualmente há mais pretendentes do que infantes disponíveis à adoção. Todavia, crianças até 6 (seis) anos de idade são as mais desejadas pelos pretendentes, sendo certo que, quanto maior a idade, menor a possibilidade de serem adotados.

Percebe-se, deste modo, que crianças e adolescentes maiores passam essa fase institucionalizada e nunca encontram uma família, assim, imperioso atentar acerca da responsabilidade do Estado de promover o direito à convivência familiar e comunitária, mesmo que essas crianças e adolescentes tenham sido agraciados com o apadrinhamento, mormente, apadrinhamento financeiro, que não lhe proporciona o pleno exercício de seus direitos.

Desta feita, a partir do levantamento bibliográfico realizado, é preciso identificar a viabilidade do apadrinhamento pela pessoa jurídica frente ao objetivo principal que é resguardar o direito constitucional à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente. Como se infere do artigo 19-B, parágrafo 3º, o propósito basilar do apadrinhamento afetivo é aproximar os acolhidos com baixa possibilidade de adoção e com dificuldades de retorno à família de origem, a vivenciar momentos de família, criando relações estáveis e seguras, resgatando assim os laços afetivos na perspectiva de reforçar a recuperar a autoestima dos acolhidos. Cabe reforçar que o apadrinhamento afetivo pela pessoa jurídica é apenas o financeiro, e é esse que está sendo criticado, pois não basta uma mera contribuição pecuniária para garantir à convivência familiar.

A conduta do Estado também deve ser analisada de forma mais crítica, pois, ao admitir somente esse tipo de providência, viola o direito constitucional das crianças e adolescentes. Frisa-se que o apadrinhamento financeiro tem seus aspectos positivos e que a colaboração em dinheiro é necessária, porém o Estado não pode se omitir na sua função principal de garantir os direitos dos infantes e procurar uma família substituta para o apadrinhado.

Importante demonstrar, conforme dados coletados em 22/08/2019 do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), a elevada quantidade de crianças disponíveis depois dos sete anos de idade, frente aos baixos números de pretendentes que aceitam crianças e adolescente com mais idade. Desse modo, é evidente perceber que o Estado precisa olhar com mais cautela quando desenvolve alternativas para diminuir a violação dos direitos da criança e do adolescente, pois não basta criar medidas que não se aplicam na prática.

Notoriamente, cada vez mais o Estado vem tentando transferir sua responsabilidade para a iniciativa privada, na tentativa de se eximir na busca de uma família aos acolhidos que se encontram esquecidos por longos anos nos abrigos. Diante dos números apresentados, o Estado precisa articular políticas públicas que realmente garantam todos os direitos das crianças e dos adolescentes, positivados tanto na Constituição de 1988, como no Estatuto da Criança e do Adolescente. De outro modo, a lei ficará somente no papel e as garantias constitucionais à mercê de violações. Frisa-se, portanto, que o apoio financeiro inserido no apadrinhamento pela pessoa jurídica não supre a convivência familiar que é o objetivo primordial auferido ao desejo de modificar a realidade de criança e adolescente.

METODOLOGIA

A presente pesquisa decorre da observação pela autora da inserção do dispositivo no ordenamento jurídico Estatuto da Criança e do Adolescente, referente ao



apadrinhamento pela pessoa jurídica. Tendo em vista os reflexos que pode ocasionar no contexto que estes sujeitos encontram-se inseridos, cumpre salientar que tal inserção pode ocasionar uma insegurança quanto ao amparo afetivo, necessitando de aprofundamento teórico e prático acerca do comprometimento em assegurar a convivência familiar e comunitária dos sujeitos envolvidos no âmbito do apadrinhamento afetivo financeiro por pessoa jurídica.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa com abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Segundo Henriques e Medeiros, (2017, p. 106) "*esse tipo de pesquisa visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa*".

Ainda, a pesquisa é documental com análise de dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), assim, de acordo com Samara e Tupy (2007, p. 72), "*cabe ao pesquisador precisar o conteúdo de cada documento, isto é, estabelecer aquilo de que ele se ocupa, ou o seu assunto e a sua relevância para o estudo em andamento*". Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis. A pesquisa será explicativa, pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. Logo, nas palavras dos ilustres autores Nielsen, Olivo e Morilhas (2017, p. 118), "*uma pesquisa dessa categoria procura esclarecer relações, causas e efeitos de um fenômeno. Seu foco é a razão, o motivo dos fenômenos estudados, buscando aprofundar os conhecimentos sobre o tema*". Desse modo, a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral de pesquisa.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do apadrinhamento pela pessoa jurídica. A Lei deixou a cargo dos programas de apadrinhamento a efetiva tarefa de organizar o funcionamento de forma autônoma.

Ressalta-se que o apadrinhamento afetivo já vem sendo praticado há muitos anos em diversas instituições, mas, somente em 2017, pela Lei 13.509, ocorreu a normatização no Estatuto da Criança e do Adolescente e restou possibilitado o apadrinhamento pela pessoa jurídica legalmente previsto. Nota-se que a lei carece de fundamentação por não contemplar de forma explícita como se dará o apadrinhamento, tornando os parágrafos muito superficiais em linhas gerais.

Cabe ressaltar que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, com proteção integral e prioridade absoluta, ambos amparados pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim assegurados à convivência familiar e comunitária como base fundamental para o desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. Partindo dessa premissa, é de suma importância incentivar o programa de apadrinhamento afetivo, permitindo crianças e adolescentes a reviver e reforçar os vínculos afetivos na convivência de uma família.

Embora haja pontos para revisão na questão do parágrafo 3º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, o apadrinhamento pela pessoa jurídica, que é de cunho financeiro, não possibilita uma referência familiar, pois inexistente o vínculo de afeto entre a instituição (empresa) e o ser humano. É claro que a colaboração é bem-vinda,



porém o que não pode ser permitido é que o apadrinhamento pela pessoa jurídica prevaleça frente as garantias de assegurar à convivência familiar e comunitária.

Desse modo, constata-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente cada vez mais vem se esforçando na busca de assegurar os direitos da criança e do adolescente, mas, na prática, o que se observa diante do número elevado de crianças acima de sete anos, nos centros de acolhimento, é a ineficácia do cumprimento da lei. Cabe ao Estado desenvolver políticas sociais públicas efetivas, não transferindo sua responsabilidade para a rede privada.

Por fim, ainda que exista muito trabalho a ser desenvolvido, principalmente por ser um mecanismo recente no ordenamento, grandes desafios e problemas precisam ser enfrentados. Por isso, é importante que o assunto aqui questionado seja aprimorado por novos estudos, enriquecendo os debates sobre o tema para melhor compreensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária**. 2006. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



CURY, Munir; SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** 13. ed., ver. e atual. São Paulo: 2018.

DIAS, Maria Berenice. Filiação homoafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção: um direito que não existe.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, fev. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6535/Ado%C3%A7%C3%A3o%3A+um+direito+que+n%C3%A3o+existe>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Apadrinhamento afetivo proporciona convivência familiar a crianças do DF.** Brasília, CNJ, jun. 2015a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/apadrinhamento-afetivo-proporciona-convivencia-familiar-para-criancas-do-df/>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Projeto de apadrinhamento em três modalidades auxilia 300 crianças no RJ.** Brasília, CNJ, dez. 2015b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/projeto-de-apadrinhamento-em-tres-modalidades-auxilia-300-criancas-no-rj/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.** 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

KAUARK, Fabiana da Silva; MANHÃES, Fernanda Castro; MEDEIROS, Carlos Henrique. **Metodologia da pesquisa: guia prático.** Itabuna: Via Litterarum, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEAL, Livia Teixeira. **O Programa de Apadrinhamento como Instrumento Facilitador da Adoção Homoafetiva.** 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista68/revista68_126.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MORAES, Alexandre de et al. **Constituição federal comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.



NIELSEN, Flávia Angeli Ghisi; OLIVO, Rodolfo Leandro de Faria; MORILHAS, Leandro José. **Guia prático para elaboração de monografias, dissertações e teses em administração**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. rev. e atual. por Tânia Regina Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIVA, Rui Carvalho. **Famílias e tutela dos direitos difusos**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAMARA, Eni de Mesquita; TUPY, Ismênia Spínola Silveira Truzzi. **História & Documento e metodologia de pesquisa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apadrinhamento Afetivo/financeiro**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/ApadrinhamentoAfetivo>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SOUZA, Karollyne Kerol de; PARAVIDINI, João Luiz Leitão. **Vínculos entre crianças em situação de acolhimento institucional e visitantes da instituição**. Brasília: Psicologia: Ciência e Profissão. v. 31, n. 3. p. 536-553, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v31n3/v31n3a08.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2019.



PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SC À LUZ DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

Joice Samara Melchiorretto ¹
Helena Schiessl Cardoso ²

Resumo: O presente artigo trata da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. O tema é importante em razão das diferentes interpretações que se faz desta expressão em decisões judiciais. O objetivo geral é analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC) acerca da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública à luz da ideologia da defesa social. A metodologia adotada é qualitativa, do tipo bibliográfica e documental. A dedução foi o método escolhido, com nível de aprofundamento descritivo. Ao final, constatou-se que a referida ideologia aparece nas entrelinhas de grande parte das decisões judiciais que decretaram ou mantiveram a aplicação da prisão provisória, seja relacionando a garantia da ordem pública com um modo de evitar o “risco de reiteração” do delito, afastar a “periculosidade” presumida do agente ou, ainda, quando a mencionada garantia é utilizada como uma resposta direta para a sociedade.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ideologia da defesa social.

INTRODUÇÃO

É certo que o direito existe para regulamentar a vida em sociedade, principalmente a seara criminal, que se aproxima diariamente da população por meio das notícias amplamente divulgadas pela mídia, sendo incluídas nas pautas das conversas cotidianas. Neste contexto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a prisão preventiva enquanto uma possível medida cautelar no processo penal.

A relevância do tema é demonstrada pelas estatísticas oficiais que indicam uma grande quantidade de pessoas provisoriamente encarceradas no Brasil, o que indica a regularidade da aplicação do instituto na prática, bem como a necessidade de explorar seus fundamentos jurídicos, contextos e consequências sociais.

Por outro lado, tendo em vista a discussão quanto ao conceito aberto apresentado pela legislação processual penal, outro ponto que justifica a necessidade de pesquisa do tema é a crescente produção acadêmica sobre as interpretações dos Tribunais de Justiça acerca do conceito de garantia da ordem pública, um dos principais fundamentos adotados pelas decisões judiciais que decretam a medida cautelar. Demonstrando, assim, a conveniência de abordar o assunto para compreender o entendimento majoritário do TJ/SC em uma questão de grande impacto social.

Além disso, a exploração do assunto mostra-se relevante pela possibilidade de categorizar em quais delitos o Tribunal de Justiça de Santa Catarina permite a decretação ou até mesmo a manutenção da prisão preventiva. Desvendando, deste modo, quais são os tipos criminais que atingem a ordem pública da população catarinense ao ponto de justificarem o encarceramento provisório do possível autor da conduta.

A prisão preventiva foi elaborada para ser medida excepcional, aplicada apenas em situações que preenchem os requisitos necessários, previstos em lei. Todavia, os números mostram que a realidade é outra, ou seja, o instituto é aplicado demasiadamente na prática, contribuindo, inclusive, para a superlotação dos cárceres brasileiros.

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: joicemelchiorretto@gmail.com.

2. Professora Doutora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE e do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: helena.schiessl.cardoso@gmail.com.



Ainda, embora o Código de Processo Penal apresente requisitos necessários para a decretação da prisão cautelar em análise, estes não dispõem de conceitos definidos. Principalmente no que diz respeito ao fundamento da garantia da ordem pública. Tratando-se de uma expressão aberta, que permite diversas interpretações de acordo com os ideais de cada julgador, pode ser usada como uma justificativa genérica para permitir que determinados indivíduos sejam isolados da sociedade antes mesmo de uma condenação transitada em julgado.

Desta forma, nas interpretações acerca do significado da garantia da ordem pública nos casos concretos, a ideologia da defesa social é uma das teorias usadas nas entrelinhas das decisões judiciais. Nessas hipóteses, a prisão preventiva pode ser decretada em nome do bem-estar coletivo, por exemplo, com o objetivo de afastar o indivíduo indesejável, até mesmo visto como perigoso, da convivência em sociedade.

Destarte, analisando criticamente o tema, surge o questionamento sobre até qual ponto a ideologia da defesa social influencia as decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que determinam a decretação ou a manutenção da prisão preventiva e, do mesmo modo, até qual momento a segurança da população em geral realmente pode justificar a prisão de pessoas que ainda não foram condenadas, sendo que não é rara a aplicação do instituto antes mesmo da sentença de primeiro grau. Ainda, importante mencionar que em algumas situações a prisão provisória permanece durante anos, podendo até mesmo ultrapassar o tempo de cumprimento da condenação final.

Assim, o artigo apresenta primeiramente a contextualização da disciplina legal da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, aborda as críticas relativas ao fundamento da garantia da ordem pública. Por fim, examina decisões judiciais do TJ/SC em relação às interpretações desse fundamento da prisão preventiva à luz da ideologia da defesa social. Para tanto, utiliza a metodologia qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, bem como o método dedutivo, com nível de aprofundamento descritivo.

1. DISCIPLINA LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Definição legal e hipóteses de cabimento

Conforme o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade é inviolável, razão pela qual a prisão será permitida apenas nos casos de flagrante delito ou decisão judicial, de acordo com a redação do inciso LXI do mesmo artigo (BRASIL, 2020). Desta forma, Nucci (2018, p. 752) entende que “[...] a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização”. Assim, a decisão judicial que decreta a prisão deve apresentar justificativa condizente com a medida adotada.

Entre os artigos 311 à 316, o Código de Processo Penal prevê uma das prisões cautelares permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, que, de acordo com a percepção de Dezem (2018), são aquelas que ocorrem antes do trânsito em julgado do processo. Trata-se da prisão preventiva, que tem como objetivo “assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta se prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório” (NUCCI, 2018, p. 799).

Salienta-se que tal prisão provisória apenas será decretada “pelo Poder Judiciário, em qualquer de suas instâncias” (DEZEM, 2018, p. 829), sendo que ocorrerá durante a



investigação policial ou no decorrer do processo criminal, conforme expresso no artigo 311 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020).

A atual redação do referido dispositivo prevê que todas as hipóteses dependerão de representação da autoridade policial, de requerimento do Ministério Público, ou até mesmo do querelante ou assistente de acusação, dependendo do momento (investigação ou fase processual) e da modalidade de ação penal, sendo assim, não existe mais a possibilidade de prisão preventiva decretada de ofício pelo julgador (PACELLI, 2020).

O art. 313 do Código de Processo Penal indica as hipóteses que permitem a aplicação da medida cautelar privativa de liberdade (BRASIL, 2020). Conforme o inciso I, a prisão processual pode ser decretada quando o crime for doloso e tenha pena privativa de liberdade maior que quatro anos (BRASIL, 2020), razão pela qual “não cabe prisão preventiva por crime culposo, em nenhuma hipótese” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 694). Consoante o inciso II, a prisão preventiva também pode ser aplicada quando o agente for reincidente em crime doloso (BRASIL, 2020). Lopes Junior (2020) entende que se trata de *bis in idem* e acrescenta que tal circunstância não apresenta caráter cautelar. Segundo o inciso III, a referida medida pode ser usada quando o delito incluir violência doméstica e familiar (BRASIL, 2020). De acordo com o § 1º do artigo em análise, também é cabível a prisão preventiva no caso de dúvida acerca da identidade civil da pessoa ou quando ela não viabilizar elementos adequados para demonstrá-la (BRASIL, 2020). No entanto, neste caso a prisão provisória também só ocorrerá se houver a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (LOPES JUNIOR, 2020).

Do mesmo modo, a prisão preventiva poderá ser determinada na hipótese de descumprimento de outra medida cautelar aplicada ou no caso de necessidade de conversão da prisão em flagrante, conforme os artigos 282, §4 e 310, II do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020). Entretanto, a primeira hipótese só acontecerá caso a inobservância da obrigação for desmotivada, pois “[...] havendo justificativa plausível, não haverá **necessidade** e nem adequação para o manejo da prisão” (PACELLI, 2020, p. 416) (grifo no original).

Por outro lado, não há possibilidade da prisão cautelar quando as provas indicarem que o possível autor do fato realizou a conduta perante estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, como dispõe o art. 314 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020). Nestas situações “não se exige uma prova plena da excludente, mas uma fumaça” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 700). Ademais, o §2 incluído recentemente ao artigo 313 do referido código estabelece que a prisão preventiva não poderá ser aplicada como adiantamento da execução de pena ou consequência instantânea da investigação, da apresentação ou recebimento da denúncia (BRASIL, 2020), tendo em vista que esta medida provisória deve observar os demais requisitos legais (LOPES JUNIOR, 2020), os quais serão analisados posteriormente.

Ainda, importante destacar que, de acordo com o § 6º do art. 282 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020), a prisão preventiva apenas será aplicada quando não for possível sua substituição por alguma medida cautelar prevista no art. 319 do mesmo Código, razão pela qual a prisão provisória é considerada a *ultima ratio* ou última opção do julgador (NUCCI, 2018), tendo em vista que a privação de liberdade é a exceção no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 Breve histórico no Código de Processo Penal de 1941

Cruz (2006 *apud* VASCONCELLOS, 2008) explica que o Código de Processo Penal foi desenvolvido em 1941 com contribuição do Estado Novo implementado por



Getúlio Vargas. Nesse período a prisão preventiva se tornou mais abusiva, com interpretações expandidas e implementação da hipótese de obrigatoriedade de aplicação da medida cautelar: quando o crime supostamente praticado tinha pena prevista igual ou superior a dez anos, nesse caso, bastava a prova de indícios de autoria para decretação do instituto. Essa modalidade permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro até 1967 (CRUZ 2006 *apud* VASCONCELLOS, 2008).

Delmanto (2019, p. 280) acrescenta que o referido código foi influenciado no “Código Rocco, de índole fascista italiana”. O autor (2019) também aponta que a legislação processual de 1941 previa a obrigatoriedade da prisão preventiva na hipótese de acusação por crime com pena máxima superior a oito anos, mesmo se houvesse sentença absolvendo o acusado, tal previsão permaneceu até o ano de 1973.

Já a aplicação da medida cautelar extrema para a garantia da ordem pública estava prevista desde a redação original do Código de Processo Penal, sendo que este fundamento surgiu na Alemanha nazifascista dos anos 30 (LOPES JUNIOR, 2020). Apesar do tempo decorrido, Lopes Junior (2020, p. 702-703) salienta que esta justificativa para a prisão continua sendo usada por “diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”.

Além disso, Lopes Junior (2020) aponta a manutenção de um dos grandes defeitos da medida segregatória: a falta de prazo máximo. O autor ressalta que a privação da liberdade continua enquanto o julgador compreender que o agente causa perigo e também lembra que o tema foi discutido durante um projeto de lei em 2001, no entanto, não permaneceu na lei sancionada.

Por outro lado, a Lei 12.403 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro as medidas cautelares diversas da prisão, como o monitoramento eletrônico, por exemplo (BRASIL, 2011). Lopes Junior (2020, p. 635) considera que antes dessa modificação “o sistema cautelar brasileiro era, morfologicamente, bastante pobre, resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória”. Já no fim de 2019, surgiu a Lei n.º 13.964, apresentando mais alterações para o instituto da prisão preventiva.

Além da modificação já mencionada, a denominada ‘Lei Anticrimes’ inseriu o parágrafo único ao artigo 316 do Código de Processo Penal, estabelecendo que a medida provisória deverá ser revisada a cada noventa dias, sob pena da prisão preventiva se tornar ilegal (BRASIL, 2020), tratando-se de “grande evolução que evita que o juiz simplesmente ‘esqueça’ do preso cautelar, bem como impõem o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 645).

Desta forma, observa-se que a legislação processual penal contém resquícios de momentos delicados da história. Além disso, apesar de todas as alterações legais, inclusive recentes, ainda permanece a indeterminação de prazo para a aplicação da medida provisória privativa de liberdade, bem como a manutenção do fundamento da garantia da ordem pública, causando desaprovação por parte dos juristas.

1.3 Fundamentos da prisão preventiva e alterações decorrentes da Lei nº 13.964 DE 2019

A primeira parte do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal apresenta quatro fundamentos para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal (BRASIL, 2020). Já a parte final do dispositivo indica os pressupostos



essenciais para a aplicação da medida cautelar, sendo eles a prova de existência da conduta criminosa, indício suficiente de autoria e, recentemente acrescentado, o perigo causado pela liberdade do imputado (BRASIL, 2020). Nucci (2018) aponta que o instituto cautelar apenas poderá ser aplicado quando o caso concreto demonstrar a existência de um dos fundamentos mencionados, bem como a materialidade do crime e indicativos suficientes de autoria.

O *fumus commissi delicti* surge de evidências retiradas da situação fática que, após uma análise íntegra e ponderada, indicam a existência de um delito, bem como o possível autor (LOPES JUNIOR, 2020). Delmanto (2019, p. 30) enfatiza que “se houver qualquer dúvida quanto à **existência do crime** ou se inexistir **indício suficiente acerca de sua autoria**, a prisão preventiva será ilegal” (grifo no original). Com o advento da Lei n.º 13.964, a redação do artigo apresenta também a necessidade de exprimir o perigo decorrente da liberdade do agente (BRASIL, 2020).

De outra forma, o parágrafo segundo do artigo em análise dispõe que a decisão judicial “deve ser motivada e fundamentada no receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (BRASIL, 2020, s. p.). Ao discorrer sobre essa alteração legal, Lopes Junior (2020) indica o princípio da atualidade do perigo, estabelecendo que este é um componente essencial do caráter cautelar, desta forma, a prisão preventiva deve amparar acontecimentos atuais, motivo pelo qual deve ser constatada a presença de *periculum libertatis* recente para que seja possível a decretação da medida cautelar privativa de liberdade.

Além disso, a Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019 inseriu significativas modificações ao parágrafo segundo do artigo 315 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020, s. p.), que passou a ter a seguinte redação:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

[...]

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Lopes Junior (2020) entende que o novo texto do dispositivo apresenta determinações importantes para o nível de fundamentação apropriado para decretar a prisão preventiva, pois a privação de liberdade é uma medida extremada que deve ser aplicada com cautela, apenas quando a situação efetivamente cumpre todos os requisitos legais e, ainda, as outras medidas cautelares não sejam suficientes para o caso concreto.

Ressalta-se que os incisos incluídos ao artigo 312 do Código de Processo Penal demonstram uma série de critérios que os julgadores devem respeitar ao proferir suas decisões, com o objetivo de evitar medidas cautelares privativas de liberdade compostas



por fundamentações genéricas, cabíveis em qualquer hipótese (BRASIL, 2020). Se os referidos parâmetros apontados forem desconsiderados, a prisão preventiva terá que ser relaxada, por ausência de fundamentação pertinente (PACELLI, 2020).

2. CRÍTICAS AO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

2.1 Subjetividade do fundamento da garantia da Ordem Pública

A garantia da ordem pública é um dos fundamentos que constam no art. 312 do Código de Processo Penal para justificar a decretação da medida provisória privativa de liberdade (BRASIL, 2020). São José (2017) explica que os julgadores analisam esta expressão conforme critérios subjetivos, tendo em vista que este é um conceito aberto que permite diversas interpretações. Assim, para o autor (2017) a opinião pública tem influência na decretação da prisão preventiva, sendo esta uma decisão firmada sobre uma possível periculosidade do agente, transformando o sistema penal em uma ferramenta de segurança pública.

Lopes Junior (2020) segue a mesma linha de interpretação, demonstrando que este fundamento é muito utilizado pelos julgadores, pois ninguém sabe qual é o seu verdadeiro significado. Nucci (2018, p. 816) complementa que assim “[...] tudo passa a ser uma questão de **opinião**. O **achismo**, que nunca nos pareceu correto, tem dominado muitos juízos e tribunais pátrios” (grifo no original). Morais da Rosa (2006 *apud* LOPES JUNIOR, 2020) aponta que o dispositivo em análise apresenta uma ‘anemia semântica’, uma vez que seus fundamentos podem ser sinteticamente elaborados e, deste modo, tornam-se indiscutíveis. Nessa mesma direção, o autor (2006 *apud* LOPES JUNIOR, 2020, p. 703) demonstra que “[...] se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece”.

Apesar da subjetividade da garantia da ordem pública, Delmanto (2019) indica que nos casos concretos não é possível que o judiciário realize interpretações que contenham analogia *in malam partem*, pois atinge diretamente a liberdade, um dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Observando o princípio da presunção de inocência, Lopes Junior (2020, p. 705) concorda que “[...] é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito **cautelar** até o ponto de transformá-la em **medida de segurança pública**” (grifo no original). Assim, diante de dúvida ao analisar o caso concreto, o julgador deve seguir a interpretação mais limitada (DELMANTO, 2019).

No entanto, Lopes Junior (2020) menciona que na prática é comum os julgadores interpretarem o fundamento da garantia da ordem pública como o abalo social ou a comoção causada na sociedade pelo delito e estes ainda ressaltam a gravidade do crime, a credibilidade das instituições e risco de reiteração do delito. Acerca dessa última hipótese, o mesmo autor (2020, p. 707) compreende que é um julgamento “absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência [...]”, razão pela qual é totalmente inadequada a aplicação da prisão preventiva com justificativa na prevenção de novos delitos que o agente possa praticar.

Desta forma, constata-se que a prisão preventiva recebe diversas críticas, principalmente em relação ao fundamento da garantia da ordem pública, por ser uma expressão com conceito totalmente aberto, permitindo interpretações subjetivas de acordo



com as convicções pessoais de cada julgador. Por consequência, esta justificativa cabe para qualquer situação, afrontando o princípio da presunção de inocência.

2.2 Ideologia da defesa social e seus impactos na prisão preventiva

A ideologia da defesa social é apresentada por Baratta (2016) por meio dos seguintes princípios: a) princípio da legitimidade: o Estado tem o poder de controlar a criminalidade; b) princípio do bem e do mal: o crime causa o mal para a sociedade, sendo que esta representa o bem; c) princípio da culpabilidade; d) princípio da finalidade ou da prevenção: a sanção penal tem como objetivo evitar novos crimes e ressocializar o agente; e) princípio de igualdade: a lei é executada do mesmo modo para todos e f) princípio do interesse social e do delito natural: a lei penal preserva os bens jurídicos comuns. A concentração desses princípios gera a sensação de sociedade protegida dos crimes, ou seja, a ideologia da defesa social.

Vasconcellos (2008) demonstra que a população analisa o crime sob o olhar da defesa social, pois entende como imoral, ignorando as questões sociais que influenciam nas atitudes dos agentes. Essa interpretação divide os sujeitos entre aqueles que são “bons e maus cidadãos, e apoiam de modo expressivo a maior intervenção do Estado na punição das condutas daqueles que [...] agem de modo desviante do que é considerado moral ou legalmente correto” (VASCONCELLOS, 2008, p. 141-142).

Ainda, Vasconcellos (2008) menciona que o crescimento da prisão como medida de contenção demonstra que a sociedade enxerga determinados grupos como perigo para a sua estrutura. Sendo assim, “o cárcere não representa apenas a imobilização, mas principalmente a expulsão: ele significa uma prolongada ou mesmo, e muito provavelmente, definitiva exclusão social” (VASCONCELLOS, 2008, p. 56). Ademais, a dimensão do controle social indica o nível de autoritarismo ou de democracia em uma sociedade (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2018).

Deste modo, fica evidente que a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é aplicada como uma medida para proteger a sociedade da insegurança e não com o objetivo de resguardar o processo penal (PACELLI, 2020), contrariando a cautelaridade que a medida deveria ter. Nucci (2018, p. 797) indica que “[...] parcela considerável da sociedade, especialmente os leigos em Direito, acredita que a prisão preventiva é indispensável para **acabar com a impunidade** e para **fazer justiça**” (grifo no original). No entanto, o autor (2018) aponta que essa interpretação é equivocada, uma vez que muitas pessoas que estão provisoriamente privadas de liberdade no Brasil respondem processualmente por crimes cometidos sem violência ou com pouca periculosidade.

Kato (2005 *apud* VASCONCELLOS, 2008) entende que, por meio da ideologia da defesa social, a prisão preventiva contribui para a manutenção de uma ordem social excludente, seguindo uma direção de controle da população socialmente vulnerável. Para alcançar a desejada ordem social, Vasconcellos (2008, p. 120) aponta que o processo penal “acaba por inverter a lógica do princípio de presunção da inocência, uma vez que acaba sendo passada ao acusado a responsabilidade de comprovar sua inocência”. Nesta linha, Delmanto (2019) entende que, ao aplicar a medida cautelar privativa de liberdade com o objetivo de proteger a sociedade, o Estado está deduzindo a culpabilidade do agente, o que afeta diretamente os princípios do processo penal.

Conforme Andrade (2012, p. 310), nos países que apresentam histórico de “extermínio como mecanismo de controle social, os corpos, sobretudo de pobres e negros das marginalizadas e conflitivas periferias urbanas ou das zonas rurais, ainda que infantis



e juvenis, nunca saíram de cena como objeto de punição”. A autora (2012) também aponta que os crimes patrimoniais e a criminalização das drogas foram selecionados como o combustível do direito penal no capitalismo neoliberal. A partir dessa necessidade de proteção social, Albuquerque (2017, p. 27) afirma que as instituições punitivas “atuam resguardados pela ideia de que, não importam os meios, mas sim o objetivo maior de combater a criminalidade”.

Sendo assim, constata-se que o instituto da prisão preventiva pode ter uma relação direta com a ideologia da defesa social, sobretudo quando esta for utilizada para interpretar o fundamento da garantia da ordem pública. Assim, a medida cautelar privativa de liberdade pode ser utilizado na prática pelo sistema criminal como instrumento de controle social e afastar do convívio público aqueles sujeitos que são considerados perigosos.

3. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL NO TJ/SC

3.1 Delineando o âmbito da pesquisa jurisprudencial

O Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020) indica que 861.476 pessoas estão privadas de liberdade no Brasil. Desse total, aproximadamente 370.721 ainda não foram definitivamente condenadas (BRASIL, 2020). A mesma pesquisa demonstra, ainda, que em Santa Catarina 5.807 indivíduos estão provisoriamente encarcerados (BRASIL, 2020).

Para verificar as interpretações do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da expressão garantia da ordem pública, foram analisadas 112 decisões do órgão julgador que mencionavam expressamente o referido fundamento nas ementas entre o período de 01 de outubro de 2019 até 22 de maio de 2020. Levando em conta que a lei processual é aplicada instantaneamente nos processos penais (NUCCI, 2018) e observando que a vigência da Lei n.º 13.964 iniciou em 23 de janeiro de 2020 (BRASIL, 2020), constatou-se que apenas vinte julgados deveriam seguir as modificações inseridas recentemente entre os artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020).

Das decisões examinadas, setenta e seis casos envolviam habeas corpus, sendo que em apenas sete processos a ordem foi concedida e, ainda, em um dos processos somente um paciente teve a prisão provisória revogada, enquanto em outro caso a prisão preventiva foi convertida em temporária. Outros vinte e um julgados tratavam de recurso em sentido estrito, dos quais dezessete tiveram como resultado a aplicação da medida cautelar privativa de liberdade. Por fim, quinze processos envolviam o recurso de apelação e em todos eles os acusados tiveram seus pedidos de recorrer em liberdade desprovidos pelo TJ/SC.

3.2 Garantia da Ordem Pública e vestígios da ideologia da defesa social nos julgados do TJ/SC

De todas as jurisprudências analisadas, cerca de cinquenta e oito envolviam tráfico de drogas, enquanto quinze estavam relacionadas ao crime de furto. Aproximadamente vinte e um processos apresentavam delitos violentos contra a pessoa, sendo em onze deles o crime de roubo. Ainda, em pelo menos dez casos os julgadores mencionaram que os possíveis autores dos delitos participam de facções criminosas.

A quantidade de processos que abordam o tráfico de drogas demonstra o grau de reprovabilidade deste crime para o sistema penal catarinense. Acerca do tema, Delmanto (2019, p. 346) analisa que nesses casos “[...] a lei processual penal é totalmente



flexibilizada para viabilizar a manutenção dos acusados presos preventivamente sem motivo cautelar”, pois o poder judiciário interpreta que este delito causa grande risco para a sociedade.

Um exemplo da reprovação ao crime previsto na Lei n.º 11.343/2006 é o Habeas Corpus n.º 4028395-27.2019.8.24.0000, julgado em 8 de outubro de 2019, no qual o relator afirmou que o tráfico de drogas “[...] gera relevante perturbação na sociedade ao disseminar infelicidade nos lares e fomentar a prática de outros delitos, o que caracteriza severo prejuízo à ordem pública” (BRASIL, 2019, p. 7), por esta razão denegou a ordem no caso concreto. Ao comentar a quantidade de prisões preventivas envolvendo tráfico de drogas, Nucci (2018, p. 817) indaga “[...] juízes passam ao papel de **justiçeiros**, pretendendo prender todo e qualquer sujeito que ouse **tocar** em drogas?” (grifo no original). Ainda, o autor (2018) afirma que esta não é a função do judiciário, pois nem sempre este delito apresenta perigo para a ordem pública.

Por outro lado, a periculosidade também foi mencionada em diversos julgados para justificar a aplicação da medida extrema. Na apelação n.º 0023915-73.2017.8.24.0023, por exemplo, julgada em 16 de janeiro de 2020, o relator salienta que “a segregação cautelar está alicerçada na necessidade de garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta de delito, assim como foi decretada em razão da periculosidade concreta dos agentes [...]” (BRASIL, 2020, p. 44), sem se aprofundar na definição de garantia da ordem pública. Já no Recurso em Sentido Estrito n.º 0009578-26.2019.8.24.0018, julgado em 21 de novembro de 2019, a prisão preventiva também foi decretada em razão da periculosidade do recorrido, embora a Procuradoria-Geral de Justiça tenha se manifestado pelo não provimento do recurso.

Ainda, importante mencionar que em pelo menos oito processos o órgão superior do Ministério Público opinou pela liberdade do possível autor do delito (seja por meio da concessão de ordem no habeas corpus, pelo desprovimento do RESE ou ainda concordando com o provimento da apelação interposta). No entanto, em apenas um desses casos os julgadores concordaram com a Procuradoria-Geral de Justiça, sendo que nos demais decidiram pela aplicação ou manutenção da medida cautelar privativa de liberdade.

Badaró (2008 *apud* NUCCI, 2018) aponta que a prisão provisória não deve ser aplicada quando, em uma análise preliminar, houver sinais de que a pena final não será privativa de liberdade, tendo em vista o tipo penal imputado, por exemplo. Entretanto, os desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina aparentam discordar dessa afirmação. No Habeas Corpus n.º 4026903-97.2019.8.24.0000, julgado em 8 de outubro de 2019, por exemplo, o relator do caso não aceita o argumento defensivo de que a prisão provisória é desproporcional em relação ao possível regime de cumprimento de pena, pois entende que “[...] não há como efetivamente ter conhecimento da dosagem da reprimenda antes do encerramento do processo. Qualquer cálculo elaborado neste momento será eminentemente hipotético” (BRASIL, 2019, p. 15). No entanto, ainda nestes autos o mesmo julgador fundamenta a manutenção da medida cautelar privativa de liberdade no risco de reiteração da conduta. Ora, como ter certeza que a paciente cometerá outro delito? Aliás, está definido que ela realmente cometeu o primeiro?

Lopes Junior (2020, p. 707) afirma que “a prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de ‘perigo de reiteração’ bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer”. Registra-se que em aproximadamente 55 processos a garantia da ordem pública foi associada a este risco de reiteração. Da mesma forma, no Habeas Corpus n.º 4030348-26.2019.8.24.0000, julgado



em 31 de outubro de 2019, apesar da primariedade do paciente, a prisão preventiva é mantida sob a justificativa de que há um “[...] fundado pressentimento de reiteração delitiva” (BRASIL, 2019, p. 10), demonstrando que os julgadores realmente praticam exercício de vidência (LOPES JUNIOR, 2020). Para Graus (2008 *apud* LOPES JUNIOR, 2020), a prisão fundamentada na referida garantia não pode seguir uma simples suposição de continuidade delitiva, é essencial demonstrar provas efetivas do risco que o paciente causa para a sociedade.

Delmanto (2019) aponta que o Superior Tribunal de Justiça permite a utilização de inquéritos policiais como indicativos da periculosidade do agente, para assim aplicar a medida provisória privativa de liberdade com fundamento na garantia da ordem pública, confrontando o princípio da presunção de inocência. De igual modo, constatou-se que no Habeas Corpus n.º 4028101-72.2019.8.24.0000, julgado em 3 de outubro de 2019, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina admitiu meras denúncias como indícios suficientes do perigo causado pelo paciente. Além disso, no Habeas Corpus n.º 4028718-32.2019.8.24.0000, julgado em 10 de outubro de 2019, o relator fundamentou a periculosidade do possível autor do delito em termos circunstanciados que já estavam extintos em razão da decadência.

Conforme Lopes Junior (2020, p. 687), “para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer prisão outra cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade [...]”. O autor acrescenta que, diferente da imputação criminal, para aplicar a medida provisória privativa de liberdade não é suficiente a possibilidade. No entanto, no Habeas Corpus n.º 4029851-12.2019.8.24.0000, julgado em 24 de outubro de 2019, o relator afirmou que “[...] a ordem pública restou debilitada, além do fato de não haver qualquer garantia de que o paciente solto não voltaria a delinquir. Assim, entendo que a prisão se faz imprescindível para a garantia da ordem pública” (BRASIL, 2019, p. 5-6), demonstrando que havendo dúvida sobre as condutas futuras do paciente, é possível decretar diretamente a prisão processual.

Nos poucos processos que indicavam a data em que ocorreu a medida cautelar privativa de liberdade, observa-se que alguns pacientes estavam detidos durante cerca de cinco meses (HC n.º 4028101-72.2019.8.24.0000 e HC n.º 4026804-30.2019.8.24.0000), oito meses (HC n.º 4028188-28.2019.8.24.0000) ou até mesmo três anos (HC n.º 4028128-55.2019.8.24.0000). Cruz (2006 *apud* VASCONCELLOS, 2008, p. 124) indica que “quem está preso cautelarmente sofre de particular angústia de não saber se estará ainda preso no dia seguinte, na semana seguinte ou mesmo no ano seguinte”, desta forma, a incerteza quanto ao tempo de privação de liberdade é mais um dos obstáculos enfrentados pelos presos provisórios.

Acerca do parágrafo incluído ao artigo 312 do Código de Processo Penal que determina a necessidade de “receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos” (BRASIL, 2020, s. p.) para a decretação da prisão cautelar, Pacelli (2020) aponta que essa exigência já era seguida principalmente pelos tribunais superiores para a aplicação de prisões processuais. Porém, na apelação n.º 0002719-12.2019.8.24.0012, julgada em 31 de março de 2020 (ou seja, após o início da vigência da Lei n.º 13.964/2019), o recorrente estava provisoriamente privado de liberdade desde setembro de 2019 e o TJ/SC negou provimento ao seu recurso, inclusive o pedido de recorrer em liberdade. Salienta-se que em nenhum momento a decisão demonstrou a existência de fatos atuais que justificariam a manutenção do encarceramento.

Assim, a partir das jurisprudências analisadas, verifica-se a tendência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina interpretar a garantia da ordem pública principalmente como



uma forma de evitar uma possível reiteração da conduta ou com base na presumida periculosidade do agente, demonstrando a possível influência da ideologia da defesa social nas decisões judiciais.

ANÁLISE DOS DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Delmanto (2019) recorda que o Código de Processo Penal brasileiro foi inspirado no Código Rocco que, por sua vez, foi influenciado pelo fascismo italiano. No mesmo sentido, Lopes Junior (2020) lembra que o fundamento da garantia da ordem pública foi guiado pelo nazismo alemão do século XX. Desta forma, verifica-se que a atual redação legal apresenta escombros de momentos históricos de exceção.

Nesse contexto, São José (2017) e Lopes Junior (2020) concordam que a garantia da ordem pública é uma expressão aberta, difícil de ser conceituada e fortemente influenciada pela opinião pública. Nucci (2018) acrescenta que essa subjetividade abre espaço para o achismo dentro do direito, o que pode causar graves consequências. Ainda, Delmanto (2019) e Lopes Junior (2020) entendem que a referida garantia não pode ser interpretada de forma extensiva, com analogia *in malam partem*, embora seja recorrente na prática.

Lopes Junior (2020) também aponta que a garantia da ordem pública muitas vezes é utilizada como uma maneira de evitar o risco de reiteração da conduta criminosa, como se os julgadores fossem videntes. Esta interpretação, contudo, afeta a presunção de inocência, pois a medida cautelar privativa de liberdade não pode ser aplicada com base em presunções do que pode acontecer.

Por outro lado, Baratta (2016) descreve a ideologia da defesa social com base numa série de princípios que se articulam para proteger a sociedade dos crimes. Neste sentido, Vasconcellos (2008) indica que a população interpreta os delitos como condutas imorais e práticas perigosas, desejando a exclusão social dos indivíduos que são apontados como criminosos, mesmo que ainda não tenha ocorrido a condenação definitiva. Pacelli (2020), por sua vez, indica que a prisão preventiva não é praticada como uma medida cautelar, mas como uma resposta ao anseio coletivo de segurança.

Além disso, Albuquerque (2012) destaca que os crimes patrimoniais e o tráfico de drogas foram escolhidos como a base do sistema criminal na sociedade neoliberal, o que ficou evidente ao longo da pesquisa jurisprudencial realizada no presente artigo.

Ainda, a referida pesquisa demonstrou que, via de regra, a prisão preventiva é aplicada mesmo quando existem dúvidas sobre o preenchimento dos requisitos processuais penais. Nos julgados examinados percebe-se que poucas vezes foi mencionada a data em que a prisão processual foi decretada, demonstrando que essa informação não é relevante para a análise do caso. Se na teoria a medida cautelar privativa de liberdade deveria ser aplicada de forma excepcional, identificou-se pelos dados levantados que, na prática, a prisão acaba se tornando a regra em determinados crimes.

Desta forma, a partir do campo pesquisado, observa-se que a ideologia da defesa social parece contribuir para que pessoas sem condenação definitiva permaneçam dias, meses e até mesmo anos presas preventivamente em Santa Catarina, sem qualquer previsão da data em que o seu direito à liberdade será restabelecido. Constata-se que o objetivo central dessas decisões judiciais é afastar do meio social aquelas pessoas que são classificadas como perigosas, realizando uma verdadeira exclusão social, desconsiderando a cautelaridade da prisão processual. Ainda, apesar da recente alteração legislativa, identifica-se que, na prática, as decisões do Tribunal não



apresentaram modificações perceptíveis até o presente momento, sugerindo que a mera alteração do texto legal é insuficiente para alterar o pensamento estrutural de uma sociedade calcado na ideologia da defesa social.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva sempre recebeu críticas por parte da doutrina brasileira, pois embora tenha caráter excepcional, na prática é aplicada de forma abusiva. Deste modo, em 2011 foi sancionada a Lei n.º 12.403 com o objetivo de diminuir as arbitrariedades decorrentes da referida medida cautelar. Recentemente também foi acrescentada ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 13.964 de 2019, apresentando melhorias na regulamentação desta prisão processual.

No entanto, a atual disciplina legal é insuficiente para eliminar as ilegalidades causadas pela aplicação desenfreada da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, pois, com base nos 112 processos analisados, é possível vislumbrar a influência da ideologia da defesa social nas interpretações do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.

A referida ideologia aparece nas entrelinhas de grande parte das decisões judiciais que decretaram ou mantiveram a aplicação da prisão provisória, seja associando a garantia da ordem pública como um meio de evitar o “risco de reiteração” do delito, afastar a “periculosidade” presumida do agente ou, ainda, quando a mencionada garantia é utilizada como uma resposta direta para a sociedade. Assim, constata-se que na maioria dos processos a prisão preventiva foi adotada com a ideia de proteger a sociedade de crimes específicos, como o tráfico de drogas, roubos ou furtos, deixando de ser aplicada como uma medida efetivamente processual.

Para evitar um possível risco para a sociedade, aplica-se a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, pouco importando o significado da referida garantia no caso concreto. Salieta-se que em alguns processos, os julgadores decidiram pela manutenção ou decretação da medida cautelar privativa de liberdade mesmo quando a Procuradoria-Geral de Justiça – órgão superior do Ministério Público – apresentou parecer contrário, demonstrando a prevalência da convicção pessoal do julgador.

Salieta-se que os indivíduos que estão preventivamente encarcerados ainda não foram condenados definitivamente, ou seja, o órgão julgador pretende evitar, por meio da prisão preventiva, a repetição de um crime ou então afastar o indivíduo “perigoso” do meio social, sendo que não há ao menos certeza jurídica de que foi aquele agente que praticou tal delito. Ainda, apesar de todas as alterações legislativas, a medida cautelar privativa de liberdade continua sem ter um prazo legal determinado, permanecendo enquanto os julgadores entenderem imprescindível para garantir a ordem pública.

Por fim, conclui-se que nos casos concretos os julgadores realizam análises extensivas da garantia da ordem pública, aplicando interpretações *in malam partem* para os supostos autores dos delitos. Além disso, as decisões judiciais apresentam um caráter extremamente genérico, com argumentos que poderiam ser adotados em qualquer situação, mesmo após o início da vigência da Lei 13.964. Desta forma, a partir dos dados levantados, ficou demonstrado que na prática a defesa da sociedade é considerada mais importante do que a liberdade do cidadão, mesmo que não existam provas concretas do perigo para a sociedade e que seja impossível demonstrar o risco de reiteração por parte do réu.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Mariana Santos Leal de. **A prisão preventiva para garantir a ordem pública:** mais uma vertente da justiça criminal para o outro. 2017. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21695/1/Monografia%20-%20Mariana%20Albuquerque%20-%20Mar%c3%a7o%202017-Pronto.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. 416 p.

ARAÚJO, Milena Borges Simões; AUTRAN, Marynice Medeiros Matos; DUARTE, Emeide Nóbrega; PAIVA, Eliane Bezerra; RAMALHO, Francisca Arruda. Estratégias metodológicas adotadas na iniciação científica premiadas na UFPB: em foco a série Iniciados. **Encontros Bibli**, v. 14, n. 27, p. 170-190, 2009. ISSN 1518-2924. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2009v14n27p170/19693>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. 256 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0:** Cadastro Nacional de Presos 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões.** Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 9 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-lei n.º 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: 4 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 9 maio 2020.



BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 04 maio de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 4 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina . Criminal. Crime de roubo majorado em concurso formal (art. 157, § 2º, I e II, C/C art. 70, ambos do CP) e tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006). Sentença de parcial procedência. Recurso dos réus Lucas e Ricardo. **Apelação criminal n.º 0023915-73.2017.8.24.0023.** Apelantes: Lucas Antunes de Moraes e outro e Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga, 16 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAKEWEAAK&categoria=acordao_5>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Criminal. Delitos de tráfico de drogas e posse de arma de fogo e munições de uso permitido (Lei n. 11.343/06, art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI e Lei n. 10.826/03, art. 12, *caput*). Sentença Condenatória. Insurgência das partes. **Apelação criminal n.º 0002719-12.2019.8.24.0012.** Apelantes e Apelados: Cassiano de Mello Antunes e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Getúlio Corrêa. Florianópolis, 31 de março de 2020. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAABY93AAC&categoria=acordao_5>. Acesso em: 7 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4026804-30.2019.8.24.0000**, da 2ª Vara de Santo Amaro da Imperatriz, Florianópolis, SC, 3 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAABskLAAE&categoria=acordao_5>. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4026903-97.2019.8.24.0000**, da Vara Criminal de Brusque, Florianópolis, SC, 08 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAC6VTAAA&categoria=acordao_5>. Acesso em: 4 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4028101-72.2019.8.24.0000**, da 2ª Vara de São Joaquim, Florianópolis, SC, 3 de outubro de 2019.



Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAABskBAAO&categoria=acordao_5>. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4028128-55.2019.8.24.0000**, da 1ª Vara Criminal de Joinville, Florianópolis, SC, 3 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAABsecAAB&categoria=acordao_5>. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4028188-28.2019.8.24.0000**, da Vara Criminal da Região Metropolitana de Florianópolis, Florianópolis, SC, 8 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAC6UhAAO&categoria=acordao_5>. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4028395-27.2019.8.24.0000**, da Vara Única de Forquilha, Florianópolis, SC, 08 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAC6VQAAR&categoria=acordao_5>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4028718-32.2019.8.24.0000**, da 3ª Vara de Lages, Florianópolis, SC, 10 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAADkrCAAL&categoria=acordao_5>. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4029851-12.2019.8.24.0000**, da Vara Criminal da Região Metropolitana de Florianópolis, Florianópolis, SC, 24 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAC6lxAAR&categoria=acordao_5>. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas corpus n.º 4030348-26.2019.8.24.0000**, da 3ª Vara Criminal de Lages, Florianópolis, SC, 31 de outubro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAFAO/AAP&categoria=acordao_5>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas. Acusado denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c art. 273, § 1º e § 1º-b, incs. i e v, e no art. 312, §1º, c/c art. 327, *caput*, todos do Código Penal. **Recurso em Sentido Estrito n.º 0009578-26.2019.8.24.0018**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Recorrido: Wesley Daniel Zenatti Zanco. Relator: Desembargador Alexandre



d'Ivanenko. Florianópolis, 21 de novembro de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABA7AAHAAGgNKAAK&categoria=acordao_5>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Biblioteca Virtual. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/cfi/3!/4/4@20.0:0.00>>. Acesso em: 4 maio 2020.

DEZEN, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. 1344 p.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. Biblioteca Virtual. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/2\[vnd.vst.idref=body001\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/2[vnd.vst.idref=body001]!>)>. Acesso em: 30 maio 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Crise de identidade da ordem pública como fundamento da prisão preventiva. **Conjur**, 06 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Biblioteca Virtual. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218737/cfi/0>>. Acesso em: 30 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1360 p.

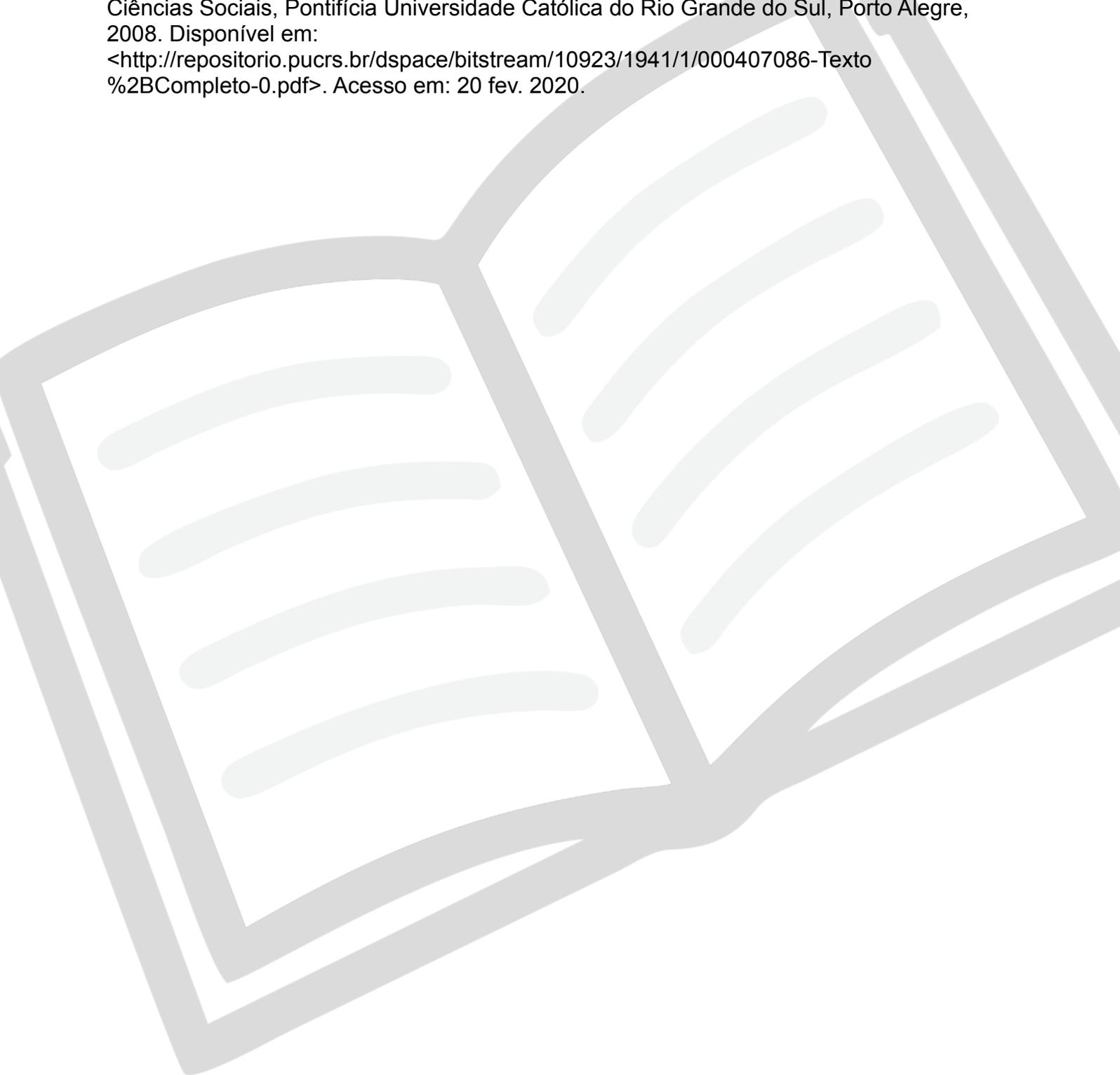
PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Biblioteca Virtual. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/cfi/6/10!/4/22/2@0:47.2>>. Acesso em: 4 maio 2020.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. 800 p.

SÃO JOSÉ, César Augusto Ferreira. **Por um processo penal sem prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. 2017. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24746/1/S%c3%a3o%20%20Jos%c3%a9%2c%20%20C%c3%a9sar%20Augusto%20Ferreira%20-%20Por%20um%20processo%20penal%20sem%20pris%c3%a3o%20%20preventiva%20para%20a%20garantia%20da%20ordem%20p%c3%bablica..pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2020.



VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Orientador: Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1941/1/000407086-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.





CONTRIBUIÇÕES FEMINISTAS PARA O FUTURO DO DIREITO BRASILEIRO: UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Juliana Alice Fernandes Gonçalves¹

Resumo: As feministas, no plano teórico e no dos movimentos sociais, buscam contribuir dentro de um considerável período histórico, apontando desigualdades entre homens e mulheres e as consequências dessa hierarquia de gênero imposta. Dentro deste cenário, despontam vários feminismos, e diante das materialidades do tecido social, o campo do Direito as perpassa. Este artigo apresenta como problemática o questionamento sobre a possibilidade de diálogo entre os feminismos e as feministas com o corpo jurídico brasileiro. Objetiva analisar introdutoriamente o feminismo no Brasil, verificar a pluralidade existente entre as teorias feministas, explanar sobre a descolonização da área do Direito e explorar as implicações para o cenário jurídico do país, a partir da construção teórica de mulheres juristas feministas. A metodologia apresenta como método de abordagem o dedutivo, pelo viés qualitativo, pautado em técnicas de procedimento eminentemente bibliográfica. A relevância da pesquisa se dá pela difusão de novas possibilidades para a área do Direito, desde a sua construção teórica até no que isso pode acarretar para a prática jurídica.

Palavras-chave: Direito brasileiro. Feminismos. Feministas. Juristas feministas.

INTRODUÇÃO

A questão das mulheres nem sempre foi feminista. Ainda não o é em sua totalidade. A materialidade se confunde entre ela própria e a inter-relação com o plano teórico. Difícil definir em qual momento exato surgiu a hierarquia de gênero em cada ponto do globo, bem como sobre quando surgiu a consciência coletiva a respeito. Assim como também é difícil apontar certamente quando o assunto das mulheres passou a ser assunto feminista. Exatidão num plano de análise dos tecidos sociais e teóricos é algo irrealizável e, provavelmente, não indicado, tendo em vista os erros que podem ser cometidos pelo caminho.

De todo modo, a palavra “feminismo” possui distintas acepções. Para Maccise, o feminismo, por um lado, pode fazer referência a uma série de movimentos sociais protagonizados principalmente por mulheres, cuja finalidade principal é a de que mulheres alcancem um status – jurídico, econômico, político, psicológico e social – de igualdade com relação aos homens, e fazer perceptível a situação de subordinação em que se encontram na sociedade. Por outro lado, abraça as diversas teorias que têm se desenvolvido para explicar a situação de desvantagem entre homens e mulheres, suas causas e consequências. Não existe uma teoria feminista, mas sim várias, que discutem sobre variados pontos e convergem sobre alguns principais (2011).

O feminismo busca dar autonomia às mulheres, mas não somente isto: valorizar seus feitos, e ao mesmo tempo, conferir-lhes todo o demais; busca fazer com que as mulheres participem do processo de definição do valor de si mesmas. Neste sentido, a reivindicação de participação converte-se numa reivindicação de mudança daquilo que está posto (MACKINNON, 1987). É possível distinguir o feminismo, em pelo menos, três concepções: (1) movimentos sociais, (2) teorias e (3) postura política, sendo sua inter-relação inevitável (MACCISE, 2011). De acordo com a postura política que se adote, sustenta-se uma determinada teoria que pode traduzir-se em um movimento social, e,

1. Advogada. Mestra em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Grupo LILITH: Núcleo de Pesquisas em Direito e Feminismos (UFSC/CNPq). Pesquisa nas áreas de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica, numa perspectiva interdisciplinar com as temáticas de direitos humanos, gênero, feminismos e estudos decoloniais. E-mail: julianaalicefg@hotmail.com.



como já assinalado, todas estas concepções coincidem sobre o status de subordinação da mulher e da necessidade de que este se modifique.

O presente trabalho tem o objetivo de discorrer sobre as contribuições feministas e de juristas feministas, sem a pretensão de exauri-las, no intuito de verificar as implicações dessas combinações para o Direito brasileiro, tendo em vista as particularidades apontadas pelos feminismos diante das peculiaridades sociais de cada contexto. O problema da pesquisa gira em torno da possibilidade de diálogo entre os feminismos, as feministas e juristas feministas e os reflexos para a área do Direito. Não se trata de uma discussão inaugural, felizmente, mas pulsante, que pode apresentar diversos desdobramentos.

Os objetivos do trabalho consistem em; (a) analisar introdutoriamente o feminismo no Brasil; (b) verificar a pluralidade que há entre a teoria feminista e possibilidade de diálogo entre as construções; (c) explanar sobre a descolonização da área do Direito e; (d) explorar as implicações para o cenário jurídico do país a partir da construção teórica de mulheres juristas feministas. Para atender aos objetivos descritos, convém elucidar a metodologia de trabalho, ou seja, o caminho percorrido no desenvolvimento da presente pesquisa. Assim, como método de abordagem, centramos a pesquisa no método dedutivo, pelo viés qualitativo, pautado em técnicas de procedimento eminentemente bibliográfica.

A relevância da pesquisa se dá pela difusão de novas possibilidades para a área do Direito, desde a sua construção teórica até no que isso pode acarretar para a prática jurídica, vislumbrando que o cenário jurídico está inserido no plano social e faz parte do político e da política, o debate feminista, seja teórico/filosófico ou aquele construído desde os movimentos sociais, faz parte do todo. A historicidade reflete na conjuntura atual que é dinâmica, e o comprometimento com o conhecimento jurídico, a partir, inclusive, do rigor científico, pode orientar o Direito brasileiro a melhor apreender sua própria realidade.

1. A PECULIARIDADE DO FEMINISMO BRASILEIRO: PRELÚDIO

Feminismos são discutidos e analisados no plural uma vez que há multiplicidade no movimento e na filosofia política diante da diversidade das experiências de mulheres pelo mundo. Em nossa localidade não seria diferente. A América Latina, portanto, o Brasil, possui particularidades enquanto região que foi colonizada, refletindo em consequências distintas com relação às questões econômicas, políticas, sociais, culturais e ideológicas. Inserida neste cenário está a demanda das mulheres.

Para que serve a história das mulheres? E a resposta viria, simples: para fazê-las existir, viver e ser. E mais fazer a história das mulheres brasileiras significa apresentar fatos pertinentes, ideias, perspectivas não apenas para especialistas de várias ciências – médicos, psicólogos, antropólogos, sociólogos etc. –, como também para qualquer pessoa que reflita sobre o mundo contemporâneo, ou procure nele interferir. Esta é, afinal, uma das funções potenciais da história (DEL PRIORI, 1997, p. 9).

O feminismo no Brasil apresenta múltiplas faces, sendo que muito da nossa história e existência precisa ser revisitado nesse sentido. O apagamento é constante e novos trabalhos serão necessários para desfazê-lo.

De acordo com Céli Regina Jardim Pinto, o movimento feminista no Brasil, em algumas de suas primeiras manifestações, ainda no fim do século XIX, caracterizou-se por reunir mulheres intelectuais que se manifestavam por meio de palestras, jornais, peças de teatro, romances etc. Essa peculiaridade de parte significativa das feministas



pertencer aos grupos intelectuais difere o movimento dando-lhe uma posição particular quanto a outros grupos que se organizam em movimentos, como os sem-terra, os povos originários e a população negra. Nos primeiros anos da década de 1970, as mulheres que se reuniam eram professoras universitárias e profissionais liberais, em sua maioria ligadas às áreas de ciências sociais, história, letras, psicologia e Direito, assim como na área da saúde. Predominantemente elitista e branco (JARDIM PINTO, 2003).

Distinguindo-se do movimento social e trazendo o feminismo como teoria para o Brasil, a obra de 1967 de Heleieth Saffioti, intitulada “A mulher na sociedade de classes: mito e realidade²” se configura como um marco para a produção acadêmica, bem como para o feminismo acadêmico.

O movimento sufragista que se espalhou pela Europa e pelos Estados Unidos da América, na segunda metade do século XIX e primeiras décadas do século XX, pode ser equiparado à primeira fase do feminismo no Brasil, que teve como foco a luta das mulheres por direitos políticos, através de participação eleitoral, como candidatas e eleitoras: “Esta luta esteve definitivamente associada ao nome de Bertha Lutz, que exerceu uma inegável liderança durante a década de 1920 e se manteve ligada às causas da mulher até a sua morte em avançada idade, na década de 1970” (JARDIM PINTO, 2003, p. 13).

As primeiras manifestações do feminismo no Brasil ocorrem por meio de dois eventos, no ano de 1972, o primeiro que foi o congresso promovido pelo Conselho Nacional da Mulher, cuja liderança era da advogada Romy Medeiros. O segundo faz referências às primeiras reuniões de grupos de mulheres em São Paulo e Rio de Janeiro, de caráter quase privado. Céli Regina cita como primeiros grupos feministas os do eixo Rio de Janeiro – São Paulo, não excluindo os demais estados, apenas por questão de maior visibilidade nacional. Cita as exiladas, a partir de 1964 durante a Ditadura Civil-Militar, mas mais especificamente após 1968: entre os exilados políticos, havia um considerável número de mulheres³, tanto de militantes quanto companheiras de homens que atuavam no movimento de esquerda. O feminismo da redemocratização, em que, na década de 1980 a anistia aos presos e exilados políticos e a reforma partidária influenciaram indiretamente em temas como a saúde da mulher, no qual, resultou na implementação do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM), em 1983 e, em 1986, aconteceu a Conferência Nacional de Saúde e Direitos da Mulher em Brasília (JARDIM PINTO, 2003).

A historiadora Céli Regina afirma que, de início, “o movimento feminista não é um movimento popular, nem no sentido de classe nem no sentido de seu raio de ação. A chegada até as camadas populares ocorre ao longo de sua história como uma escolha política estratégica, e não como decorrência natural de seu desenvolvimento” (2003. p. 85), por isso é equivocado tentar resumir esse movimento social ou filosofia política, pois o surgimento e desenvolvimento do(s) feminismo(s) no Brasil é diferente do que ocorreu e ocorre em outras partes do globo. Ainda, nas últimas décadas no país, houve intensa

2. Trata-se da tese de livre-docência defendida em 1967 por Heleieth Saffioti, orientada por Florestan Fernandes e publicada como livro em 1969, com prefácio de Antonio Cândido de Mello e Souza.

3. Em dezembro de 2014 foi publicado o Relatório da Comissão Nacional da Verdade, este de iniciativa da presidenta Dilma Rousseff, onde se faz um extensivo estudo sobre o período citado. Na Parte III – Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas, o Capítulo 10 conta com uma parte destinada a violências que mulheres, especificamente, viveram. Capítulo intitulado “Capítulo 10 – Violência sexual, violência de gênero e violência contra crianças e adolescentes”. Disponível em: < http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrator/components/com_simplefilemanager/uploads/CNV/relat%C3%B3rio%20cnv%20volume_1_digital.pdf >



transformação no debate e alcance das pautas e discussões feministas. Há que se considerar que nos últimos anos, as feministas e os feminismos estiveram no centro dos debates políticos: seja para agregar direitos às mulheres ou para atacá-los.

2. AS FEMINISTAS: PLURALIDADES DIALOGADAS

A teorização e movimentação feminista passou por modificações como quase toda filosofia política e movimento social. Existem distinções a depender da cultura, política, economia e até mesmo forma de Estado. Durante este desenrolar, novas (ou antigas) vozes tomaram seu espaço e com elas reflexões e questionamentos despontaram. Não mais se fala em mulher, mas em mulheres. Existe uma pluralidade de mulheres, que a depender do contexto e dos marcadores sociais, sofrem menos ou mais opressão por parte do Estado ou da sociedade. O nosso gênero⁴ nos localiza no mundo; mas também a nossa classe, raça, etnia, religião, sexualidade, localidade, cultura etc., são pontos que devem ser levados em consideração, e assim está sendo feito.

Como, por exemplo, com as feministas negras norte-americanas Kimberlé Crenshaw, Bell Hooks, Patricia Hill Collins, Audre Lorde e Angela Davis. Teorias queer com Judith Butler. Feminismo decolonial com Maria Lugones, Catherine Walsh, Ochy Curiel e Yuderkys Espinosa. Entre outras. Mas antes de chegar a isto, é importante que se discorra sobre uma possível transição ou ponto de interconexão durante o curso que está sendo feito.

Donna Haraway afirma, em um de seus textos, quando reflete sobre a questão da objetividade e método científico, tendo em vista os questionamentos que são direcionados sobre o fato de mulheres teorizarem sobre feminismo e a desconfiança acerca da pretensa “neutralidade” que se requer na ciência, que “todas as fronteiras internas-externas do conhecimento são teorizadas como movimentos de poder, não movimentos em direção à verdade” (1995, p. 9). Afinal qual o objetivo? Para a autora, “a História é uma estória que os entusiastas da cultura ocidental contam uns aos outros; a ciência é um texto contestável e um campo de poder; o conteúdo é a forma” (1995, p. 11). Sua visão é singular e crítica, como se observa:

As feministas têm interesse num projeto de ciência sucessora que ofereça uma explicação mais adequada, mais rica, melhor do mundo, de modo a viver bem nele, e na relação crítica, reflexiva em relação às nossas próprias e às práticas de dominação de outros e nas partes desiguais de privilégio e opressão que todas as posições contêm (HARAWAY, 1995, p. 15).

Trabalha a autora sobre o que chama de saberes parciais e localizados. Reitera que a ciência tem sido conduzida vinculada ao militarismo, capitalismo, colonialismo e supremacia masculina, distanciando os sujeitos. O olhar tem sido marcado pelo homem, especificamente, pelo branco. Portanto, o olhar feminista é um saber localizado. Para a autora quando se localiza o conhecimento gera-se responsabilidade, entretanto, quando se generaliza, não. Em outras palavras, aquilo que foi construído como o universal não gera questionamentos sobre a relação pesquisador-objeto, mas na contestação a essa universalidade se localiza o conhecimento, que aproxima e localiza os sujeitos, então se põe incerteza sobre a relação pesquisadora-objeto. Isto é, as perspectivas daquelas e daqueles que localizam os saberes são preferíveis pois podem gerar explicações mais

4. “Minha definição de gênero tem duas partes e várias sub-partes. Elas são ligadas entre si, mas deveriam ser analiticamente distintas. O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder” (SCOTT, 1989, p. 21).



firmes e objetivas, mas isto requer que exista habilidade com corpos e linguagens. Defende, a autora, – e também é uma compreensão deste trabalho – “uma doutrina e [de] uma prática da objetividade que privilegie a contestação, a desconstrução, as conexões em rede e a esperança na transformação dos sistemas de conhecimento e nas maneiras de ver” (HARAWAY, 1995, p. 24).

Em outro de seus textos, Donna Haraway levanta importante ponto sobre o surgimento da consciência de classe, raça e gênero, e diz que tal questão se deu por uma espécie de imposição advinda da “terrível experiência histórica das realidades sociais contraditórias do capitalismo, do colonialismo e do patriarcado” (2009, p. 47). Nenhuma construção é totalidade, mas sim, surge e se desenvolve considerando todo o contexto.

Silvia Federici, argumenta que o capitalismo, enquanto sistema econômico, está ligado tanto ao racismo quanto ao sexismo, e que ele – o capitalismo – precisa difamar a “natureza” daqueles a quem explora: “mulheres, sujeitos coloniais, descendentes de escravos africanos, imigrantes deslocados pela globalização” (2017, p. 37); tal constatação, ela retira de anos de estudo num viés histórico, analisando não só a conjuntura europeia, como norte-americana e latino-americana. Apesar de Haraway ser uma feminista do pós-modernismo e Federici uma feminista marxista não ortodoxa, a coerência teórica não resta prejudicada, pois é possível alinhar suas contribuições intelectuais.

Em sua obra, Federici faz uma interessante e necessária análise na intersecção de gênero e classe. Verifica como as mulheres – os sujeitos que foram construídos como mulheres – foram sistematicamente explorados justamente por conta desta condição. De acordo com a autora, passamos por situações peculiares por sermos mulheres, bem como o capitalismo precisa dessa estrutura que foi desenhada com base no patriarcado/machismo/sexismo e melhor se sustenta desta forma (2017).

Federici evidencia que o corpo foi sistematicamente politizado, desnaturalizado. Não mais visto como algo orgânico, mas algo que se tornaria um “significante das relações de classe e das fronteiras movediças, continuamente redesenhadas, que essas relações produzem no mapa da exploração humana” (2017, p. 284); trata-se de uma descaracterização dos marcadores sociais que cada corpo carrega, e que sem a consideração deste fator, tornam todos os corpos iguais, teoricamente, pois na estrutura social e de acordo com o desenho dela, uns sofrem mais do que os outros.

Na fantasia europeia, a América em si era uma mulher nua, sensualmente reclinada em sua rede, que convida o estrangeiro branco a se aproximar. Em certos momentos, eram os próprios homens “índios” que entregavam suas parentes aos sacerdotes ou aos *encomenderos* em troca de alguma recompensa econômica ou de um cargo público. Por todos esses motivos, as mulheres se converteram nas principais inimigas do domínio colonial, negando-se a ir à missa, a batizar seus filhos ou a qualquer tipo de cooperação com as autoridades coloniais e com os sacerdotes (FEDERICI, 2017, p. 402). Com estas palavras e com exposição deste contexto, nós adentramos na realidade da nossa localidade: as mulheres coloridas e diversas latino-americanas.

Recentemente tem se discutido e elaborado sobre a teoria feminista decolonial, aqui, pela perspectiva da América Latina. Significativo salientar que o feminismo decolonial surge de inquietações de teóricas feministas latino-americanas e que se configura como algo recente, tendo influências das teorias gerais pós-coloniais e de(s)coloniais. Trata-se de um arcabouço de reflexões que ainda estão fervilhando tendo em vista as necessidades que continuam presentes na nossa realidade latino-americana de questionamento e enfrentamento ao padrão eurocêntrico.



Maria Lugones, quem cunhou pela primeira vez o termo e originou a discussão acerca da teoria, trabalha em questões como modernidade/colonialidade e a própria interseccionalidade, conceito elaborado pelas feministas negras norte-americanas, originalmente por Kimberlé Crenshaw, e que será também trabalhado nesta pesquisa, já que são teorias que dialogam.

Para Lugones, a modernidade está conectada com a colonialidade, e não pode existir sem que esta exista. Baseando-se em Aníbal Quijano, discorre que a colonialidade é sustentada por três bases principais, a colonialidade do poder, do saber e do ser, às quais a autora acrescenta a colonialidade de gênero. Essa intersecção que a filósofa faz entre colonialidade e gênero resulta numa perspectiva abrangente sobre mulheres, olhando para a pluralidade de mulheres existentes, contraponto, por exemplo, as definições binárias de gênero (2014).

Como se trata de uma teoria que vem sendo pensada muito recentemente – o primeiro artigo de Maria Lugones sobre o tema é datado de 2010, traduzido para o Brasil em 2014 pela Revista Estudos Feministas – a construção intelectual ainda está se desenvolvendo, de forma que as teóricas feministas estão dialogando entre si, e não somente, definindo conceitos e categorias.

Dentro deste intento crítico que comporta a percepção sobre a interseccionalidade das opressões, cabe discorrer sobre as principais categorias trabalhadas pela teoria feminista decolonial: (1) A partir das teorizações feministas das últimas décadas, “gênero” tem servido como uma categoria útil, já diria Joan Scott. Em termos gerais, tem atendido como sinônimo de “mulheres”. Como é de se esperar, existe um grande debate a respeito dessa conceituação, entretanto, para este momento, cabe a categoria, tendo em vista o que ela representa no contexto geral. “Gênero” nos serve para discorrer sobre as implicações na relação entre os sexos e como se dá a partir da estruturação social hierarquizante; (2) A questão da “raça⁵” recuperada pelas feministas negras, em que a partir de suas contribuições teóricas demonstram a hierarquia racial profundamente enraizada nos contextos, considerando a história de cada localidade e as consequências da ocorrência (ou não) da escravidão em cada território. Trazem como o apagamento daquilo que foi construído como “raça” tem servido à esta hierarquização racial e, assim, negado a exploração das contradições presentes nas conjunturas; (3) A questão da “classe⁶” debatida há um tempo considerável, inicialmente pelos marxistas, mais recentemente tem ganhado espaço nas discussões feministas. Há uma revisão nesse sentido, por exemplo, a reflexão sobre a questão do que foi configurado como espaço público e como espaço privado, além disso, o questionamento sobre a produção e reprodução do trabalho, aquilo que é ou não é considerado trabalho quando da contrapartida da remuneração ou não etc.; (4) O ponto da “sexualidade” que mais recentemente vem sendo aludido como marcador social quando da opressão vivida por determinados corpos. Há países extremamente perigosos para pessoas com orientação sexual distinta da heteronormativa, como é o caso do Brasil. Por isso tal fator, para a nossa realidade, deve ser considerado. Existem vários outros fatores que localizam o ser humano no tecido social e que o farão sofrer mais ou menos opressão, entretanto, estes são os quatro norteadores para vislumbrarmos a teoria feminista decolonial.

Aqui no Brasil, a discussão é fresca, na área do Direito ainda mais sensível. Yuderkys Espinosa, autora dominicana, tem caminhado por este mesmo viés. Em um de

5. Ver: COLLINS, Patricia Hill. **Como alguém da família**: raça, etnia e o paradoxo da identidade nacional norte-americana. Ver. Genero. V. 8. N. 1. Indb. 27. 2008.

6. Ver: BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades**: os limites da democracia no Brasil. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2018.



seus textos, apresenta uma definição que assenta muito bem para aclarar o sentido desta teoria. Segundo a autora, “o feminismo decolonial se trata de um movimento em pleno crescimento e amadurecimento que se proclama revisor da teoria e da proposta política do feminismo dado que considera seu viés ocidental branco e burguês” (2016, p. 150).

A autora salienta que esta corrente do pensamento dialoga e se nutre de várias tradições críticas aos contextos e teorias dominantes, bem como com relação à própria teoria feminista. A teoria feminista decolonial critica a própria democracia liberal. Yuderkys Espinosa entende, conjuntamente com Lugones, que é possível uma revisão e um diálogo diante dos pensamentos e produções que vêm desenvolvendo “pensadoras, intelectuais, ativistas e lutadoras, feministas ou não, de descendência africana, indígena, mestiça popular, campesina, migrantes racializadas, assim como aquelas acadêmicas brancas comprometidas com a subalternidade na América Latina e no mundo”⁸ (ESPINOSA, 2016, 151).

Espinosa, em um de seus textos, reconhece que o feminismo decolonial é um herdeiro direto do feminismo negro norte-americano, tendo em vista sua crítica à teorização feminista “clássica”, e sua proposta conceitual de um tratamento interseccional das opressões (observando o gênero, a raça, classe e sexualidade). Se propõe o feminismo decolonial também dar voz às mulheres e feministas afrodescendentes e indígenas, que durante muito tempo sofreram invisibilidade e inferiorização, iniciando, portanto, todo um trabalho de revisão (2016, p. 151).

María Lugones (2008), completando e ampliando a análise de Aníbal Quijano (2000a e 2000b) para quem a raça é uma categoria de classificação social desenvolvida dentro do processo de colonização, propõe considerar o que denomina o sistema moderno colonial de gênero como aquele mediante o qual o colonizador produz e impõe aos povos colonizados, ao mesmo tempo e sem dissociação, um regime epistêmico de diferenciação dicotômica hierárquica que distingue inicial e fundamentalmente entre o humano e o não humano e do qual se desprendem as categorias de classificação social de raça-gênero (ESPINOSA, 2016, p. 153).

Neste sentido, fazemos referência a Ochy Curiel, teórica feminista dominicana, que conduz um de seus textos, buscando responder à inquietante e emocionada pergunta:

Qual é o feminismo que queremos impulsionar, viver, experimentar, como proposta transformadora e radical nos países pós-coloniais como os nossos, que surja desde nossas experiências, que nos permita questioná-las e ao mesmo tempo modificá-las e mudar este mundo por outro que não seja patriarcal, nem racista, nem heterossexista, nem classista? (2014, p. 325).

Responder tal questionamento tem sido um processo que vem sendo trabalhado coletivamente numa perspectiva de descolonização do feminismo. Para tal descolonização não só se reconhece a dominação histórica, econômica, política e cultural entre os estados nacionais produtos da colonização por parte da Europa sobre outros povos, e consequências no imaginário social colonizado, mas do mesmo modo reconhecer a dependência das sujeitas e sujeitos políticos frente a estes processos

7. Tradução livre da autora. Original: “El feminismo descolonial se trata de un movimiento en pleno crecimiento y maduración que se proclama revisionista de la teoría y la propuesta política del feminismo dado lo que considera su sesgo occidental, blanco y burgués” (ESPINOSA, 2016, p. 150).

8. Tradução livre da autora. Original: “pensadoras, intelectuales, activistas y luchadoras, feministas o no, de descendencia africana, indígena, mestiza popular, campesina, migrantes racializadas, así como aquellas académicas blancas comprometidas con la subalternidad en Latinoamérica y en el mundo” (ESPINOSA, 2016, p. 151).



culturais e políticos que têm sido resultado do capitalismo, da modernidade ocidental e colonização europeia (CURIEL, 2014).

A de(s)colonização reflete em contraposição diante destas imposições que ainda estão presentes em nosso cotidiano e afetam as nossas relações sociais acarretando em opressões hierarquizantes. Para Ochy Curiel, a descolonização em termos feministas se funda numa busca libertadora de um discurso e prática política que questiona e que propõe, que analisa a relação do contexto global-local, bem como as subjetividades produzidas, tencionando raça, classe, sexo e sexualidade, dentro do contexto das dinâmicas estruturais (2014). Diante disto é possível trazer a discussão para a realidade brasileira, a partir de uma autora que já nos anos de 1980 refletia tais pontos: Lélia Gonzalez.

Lélia foi uma intelectual, política, professora e antropóloga brasileira, que, já nos anos de 1980, observou os obstáculos enfrentados por determinados grupos em nosso país. Suas inquietudes e sua forma de demonstrá-las rompe com aquilo que estava preestabelecido. Dando espaço aos saberes “subalternos”, às mulheres negras, ela descoloniza o pensamento e o próprio feminismo. Dá uma cara diferente para o feminismo brasileiro. Elaborando teorias que dialogam com aquelas e aqueles que são periféricos, ela gera “cortes profundos com o paradigma ocidental moderno fazendo emergir novas propostas epistemológicas” (CARDOSO, 2014, p. 984). Isto faz de Lélia Gonzalez uma das autoras essenciais para elaboração e compreensão deste trabalho.

Como salientado durante a pesquisa, o feminismo decolonial enquanto teoria se “inspirou” no que já vinham teorizando as feministas negras norte-americanas. Assim, é essencial que se discorra sobre. A autora Ângela Davis conquistou espaço no Brasil faz alguns anos, mas já possui um longo histórico na academia e na militância nos Estados Unidos. Em 1980, já apontava para a necessidade de análise interseccional quando da estrutura social. Em 2016, uma de suas importantes obras, que foi traduzida para o Brasil, “Mulheres, raça e classe”, observa que a realidade dos EUA acentua as diferenças entre as mulheres negras escravas, mulheres brancas de classe média, e mais para frente entre as operárias (DAVIS, 2016).

Audre Lorde ensina que não há hierarquia de opressões, no sentido de que a intolerância e a opressão diante das diferenças vêm de todos os lados, formas, tamanhos e cores. O indivíduo que é desviante daquilo considerado o padrão universal vai sofrer a ofensiva, não existindo uma discriminação maior que a outra, mas sim os vários recortes que uma pessoa pode sofrer de acordo com as suas características e o quão desviantes elas possam ser consideradas (LORDE, 2009).

Neste sentido, Kimberlé Crenshaw argumenta sobre a necessidade da interseccionalidade – destacando-se novamente que o conceito foi cunhado pela autora – na discriminação de gênero e raça. A autora utilizou deste termo pela primeira vez num estudo elaborado em 1991 sobre a questão das violências sofridas pelas mulheres negras de classes desfavorecidas dos Estados Unidos, em seus primeiros escritos, utilizando o termo como uma ‘metáfora’ e em seguida como uma ‘categoria’ provisória. Neste primeiro momento, a intersecção analisada compreendia gênero e raça. O termo vem sendo trabalhado desde então (2004).

Diante disto, reconhece-se a relevância de utilizarmos a expressão “as mulheres”, porque existimos em diversidade. De acordo com a historicidade, há pluralidade de vivências e marcadores sociais. Alguns grupos de mulheres adquirem mais ou menos direitos durante a história, tendo em vista justamente esses marcadores sociais. A própria concepção do que é ou não Direito pode ser distinta. De acordo com essas autoras,



pensar nas identidades é pensar em classe e em muitos outros marcadores de diferenciação. Identidade sem consciência de classes é amnésia: isso é feminismo interseccional, decolonial (que não são a mesma coisa, porém se conectam em muitos pontos). Não se olha apenas para as classes, nem somente para raça, assim como também não se olha apenas para o gênero. Sozinhos, são incompletos.

Daí a importância de analisar todo o contexto social, cultural e econômico imposto, partir para a realidade mais específica da América Latina e Brasil, e para o campo singular do Direito. É preciso atravessar estes cenários para compreender o resultado final para as mulheres que interagem na esfera do Direito, e para fora dele. As teorias surgem das necessidades que aparecem através das lutas de movimentos sociais. A desigualdade de participação nos espaços atinge a todos os escopos. A ausência de certos sujeitos nos espaços configura a ausência de representatividade, que pode se realizar na ausência de olhares para as pluralidades. O predomínio de cabeças masculinas, brancas e heteronormativas⁹ resulta no ideário prevalecente neste particularismo.

3. A DESCOLONIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

A influência estrangeira que nossos cursos de Direito sofreram desde a sua criação é observável até aos dias atuais. Como consequência, toda estrutura jurídica é afetada, desde a concepção de teorias que perpassam as salas de aula através de mecanismos de didática até a posterior prática dos operadores do Direito nas mais diversas áreas deste campo. Os estudos decoloniais têm contribuído para o enfrentamento à retórica da modernidade e da lógica da colonialidade, na proposição de observar nossas especificidades e melhor trabalhá-las, neste recorte, principalmente no enfoque do contexto jurídico.

De acordo com Colaço e Damazio, constituiu-se historicamente um pretenso saber jurídico universal que se imaginou como “deslocalizado” e assim subalternizou os saberes locais, tornando-se o discurso de desenvolvimento um apoio à postura disfarçada para o esmagamento destes saberes. Por isso, a extrema relevância dos estudos pós-coloniais e, sobretudo, de(s)coloniais – estes que surgem na América Latina – e da necessidade de reflexão sobre o Direito e o pensamento decolonial, para as novas perspectivas de estudos para a área jurídica como um todo. Necessita-se “não apenas de uma nova maneira de pensar o Direito, mas de novas formas de pensamento que descentralizam e pluralizam o que tem sido considerado como jurídico ou Direito” (COLAÇO; DAMAZIO, 2012, p. 11). É possível compreender que o modelo de Direito “ocidental” universal contribuiu para estabelecer a “colonialidade do conhecimento e assim subalternizar saberes. Para fraturar esta relação colonial, é necessário romper com este padrão e começar a pensar – aqui em nosso recorte – o Direito a partir dos diferentes mundos e culturas¹⁰” (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 8).

9. Pode-se entender a heteronormatividade como “[...] a norma que regula, justifica e legitima a heterossexualidade como uma forma de sexualidade mais natural, mais válida e mais normal em detrimento das outras, vistas como negativas e inferiores” (OLIVEIRA, 2017, p. 15).

10. De todo modo, é valoroso que se saliente que em toda construção, não só no plano feminista, mas na produção de conhecimento no geral, não se exclui os feitos e teorias daqueles e daquelas de fora do nosso país ou continente. O objetivo não é o de afirmar que tudo o que foi produzido até o momento deva ser rechaçado. Há todo um caminho que deve ser reconhecido, e, com as lentes críticas, é possível utilizar de tais elaborações e, justamente, enxergar o que não nos cabe, para que assim consigamos construir as nossas próprias teorizações. É possível o equilíbrio entre aquilo que veio de outra realidade e aquilo que foi pensado a partir da nossa própria. Em outras palavras, toda produção de conhecimento é válida, inclusive a nossa que acarreta em questionamentos destas que imperaram, sem que haja um afugentamento do todo.



Na América Latina, juristas tem se filiado ao que chamamos da Teoria Crítica do Direito, na direção de teoria crítica como atitude. Examinando diversos conceitos críticos de forma interdisciplinar para análise do contexto, e, aqui, do âmbito jurídico. Em outras palavras, buscando nas várias ciências para dar conta dos sistemas de dominação, reconhecendo a necessidade de interdisciplinaridade para reflexão acerca da própria área.

Alicia Ruiz propõe que as teorias críticas do Direito se opõem a um conceito reducionista do Direito, pois para estes teóricos, norma pura já não basta – porém não abandonando-a por completo – é necessário contemplar toda a estrutura que está ao redor do Direito e que ele próprio transpassa. Pode-se dizer, de acordo com a teoria crítica do Direito, que ele é um conjunto que "expressa os níveis de acordo e de conflito próprios de uma formação histórico-social determinada" (RUIZ, 2015, p. 2), ou seja, cada conjuntura social deve ser observada, para que o seu Direito assim o seja. Pontua, a autora, que o Direito opera como um grande legitimador do poder, que impõe através das palavras da lei. Trata-se de um discurso dotado de autoridade.

De acordo com Alicia Ruiz, a estrutura do discurso jurídico articula-se em diversos níveis e encobre ou distorce o lugar do conflito social, instalando-se o Direito como legitimador do poder (RUIZ, 2015). Os críticos do Direito questionam a tradição teórica jurídica que enfatiza os aspectos formais do Direito, mas desconhecem o fenômeno da historicidade, da sua articulação com os níveis da ideologia e do poder, que nega a relação de Direito e política.

A teoria crítica latino-americana recusa a ideia da construção do Direito como algo dissociado do resto, quando na verdade perpassa por todos os campos, sobretudo o da política. Que é utilizado como mecanismo de hierarquias de poder a depender da ideologia, a contribuir com essa preservação da relação entre Direito e poder. Questiona a questão da neutralidade do jurista. Assim como vem trabalhando o ponto da nova racionalidade quando afirmam que o Estado resultante da nova distribuição de poder mundial tem retirado as aquisições do Estado de bem estar e do populismo distributivista, as estruturas políticas carecem de representatividade e a justiça resta desvalorizada; trata-se da descrença nas instituições (RUIZ, 2015).

Tendo em vista o aporte apresentado – da colonialidade do conhecimento no qual estamos inseridos, sobretudo quanto à "influência" eurocêntrica nos cursos de Direito no Brasil desde os moldes iniciais até os dias atuais, da história de opressão de mulheres e o movimento feminista, a desigualdade que se apresenta a nível social, portanto refletida nos cursos de Direito, quanto ao gênero e, por conseguinte, à raça e classe – é urgente a necessidade de se (re)pensar e compreender um modelo que abarque as nossas especificidades enquanto sociedade brasileira (jurídica).

A partir dessas considerações, verifica-se o quão ultrapassados estão os muitos modos tradicionais e excludentes, sexistas, racistas e classistas ainda presentes no cenário jurídico de ensino, bem como para além dele. A história do Direito e dos Estados de Direito sofreu modificações de acordo com "atualizações" nos contextos econômico e social. Na prática, o Direito tem se aplicado pelas imposições políticas e de força, para legitimar certas configurações de poder.

Os sistemas jurídicos modernos correspondem às características e necessidades das sociedades de economia capitalista, sendo que essas sociedades se diferenciam no conteúdo, nas estruturas, comportamentos etc., opondo-se por um lado ao estado de polícia e por outro ao despotismo. De outra forma, os movimentos sociais têm ganhado corpo na medida em que conquistas sociais de grupos menos privilegiados têm sido



alcançadas. O Direito como uma construção histórica, como realmente o é, deve ser encarado sob essa perspectiva: nós construímos a história do Direito, e, como exemplo, o ensino do Direito deve retomar o seu papel, refletir sobre novas alternativas e abraçar aquelas que parecem legítimas e urgentes no contexto jurídico e social.

4. AS CONTRIBUIÇÕES DE JURISTAS FEMINISTAS PARA O CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

No cenário acalorado de contendas sobre uma nova Constituição Federal, Silvia Pimentel lança o livro, “A Mulher e a Constituinte: uma contribuição ao debate”. Nele a autora aborda o direito da mulher na legislação constitucional brasileira, os direitos da mulher e seu reconhecimento internacional, e o espaço da mulher na nova constituição brasileira. Já em 1985, alertava Pimentel, que necessária era a participação da população na elaboração da Nova Carta, bem como da indispensabilidade do esforço no sentido de criarem condições “para que parte da população se aperceba de que uma constituição, mais do que um documento jurídico, é um documento político” (PIMENTEL, 1985, p. 65). Neste livro, elucida a autora sobre as referências às famílias nas Constituições, lembrando que durante muito tempo, e até a data da publicação da obra, a mulher casada, por exemplo, não atingira a igualdade de direitos dos homens casados.

Até 1962, pelo Código Civil Brasileiro, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e necessitava, para todos os atos da vida social, ser assistida pelo marido. Era equiparada aos pródigos, silvícolas e menores púberes. Ainda hoje, 1985, a mulher casada brasileira não possui os mesmos direitos do homem casado. Pelo artigo 233 do Código Civil, fica estabelecida a chefia masculina da sociedade conjugal, competindo ao marido a representação legal da família, a administração dos bens familiares, a escolha do domicílio. Dentre vários outros artigos discriminatórios, destaca-se o artigo 380, que confere a ambos os pais o pátrio poder mas ao pai o seu exercício. Ainda estipula que, em casos de divergência, prevalece a vontade do marido, cabendo à mulher recorrer ao juiz se não puder conformar-se a ela! (PIMENTEL, 1985, p. 60).

Segundo Silvia Pimentel, merecem a atenção da mulher – e conseqüentemente passar por ela – problemas tais como da reforma agrária, reforma tributária, reforma judiciária entre outros, pois “sem avanços nestas áreas pouco significarão os avanços na área específica dos direitos da mulher” (1985, p. 76). Urge destacar o que pontua a autora sobre serem os assuntos de cunho público também de interesse das mulheres, fugindo da esfera privada, primordialmente àquela que diz respeito à família.

Mais de dez anos depois, Florisa Verucci – que viria a se tornar colega de caminhada pelos direitos das mulheres conjuntamente com Silvia Pimentel no país¹¹ – lança a obra “O Direito da Mulher em Mutação: os desafios da igualdade”, em 1999. Aqui a autora lança conhecimento sobre: o direito da mulher nas convenções internacionais; o princípio da igualdade entre homem e mulher na constituição; ações afirmativas (como instrumento de implantação do Princípio da Igualdade); consolidação da lei civil e direito de família (VERUCCI, 1999).

Mulheres feministas nos espaços buscam fazer a diferença no sentido de que as envolvidas e envolvidos atinjam a igualdade. Isso pode provocar incômodo. A sociedade brasileira é de cultura machista, racista, colonial etc. Muito foi distorcido a respeito do que são os feminismos, ainda mais se ponderado que a discussão feminista no país,

11. Urge destacar que as duas obras citadas, de Silvia Pimentel e de Florisa Verucci, foram encontradas em um sebo na época do desenvolvimento do mestrado, pois durante toda a trajetória acadêmica desta pesquisadora estes nomes não foram sequer citados.



considerando toda a sua história, é recente. Os feminismos estão aqui, também, para apontar que existe uma multiplicidade de realidades, vivências e pessoas, e que isso não só deve ser considerado, mas respeitado.

Simone de Beauvoir, que só após algum tempo de ter publicado uma de suas mais importantes obras se entendeu e se afirmou como feminista¹², disse, que em períodos de crises políticas, os direitos das mulheres são os primeiros a serem retirados. Olhando especificamente para a realidade brasileira, para além das mulheres: populações negra, indígena, LGBTQI, periféricas, classe trabalhadora.

De acordo com Grazielly Baggenstoss, durante algum tempo, a educação e a religião serviram de baliza e porta-vozes para uma “aparente neutralidade – com vistas à manutenção da convivência pacífica no meio social. Sob tal justificativa, são encobertos mecanismos e interesses invisibilizados por um manto encantado da imparcialidade” (2017, p. 5). Para Amanda Muniz, é importante que se observe que “a lei novamente se atém a questão da igualdade jurídica sem observar a realidade social, pois é por questões extrínsecas ao Direito que há um privilégio masculino” (2017, p. 118). O Direito não se basta, portanto é preciso reconhecer a necessidade de circular e se apoiar em outras áreas, e por meio disto, também, verificar a realidade social para melhor lidar com ela juridicamente.

Na perspectiva dos Direitos Humanos, interculturalidade¹³ e questão racial, discorrem, Fernanda Lima e Paula Keller que “a imposição de cultura hegemônica ou dominante é notória por meio da aculturação e assimilacionismo. A cultura dominada, nesse contexto, é esquecida e perde lugar e voz para a cultura dominante” (2018, p. 12). É considerável pontuar para o que juristas feministas têm construído em termos de conhecimento, pois apontam para direções que são consideradas inéditas na esfera jurídica. Tem se teorizado pelo rompimento contra essa lógica universal e neutralizante, a fim de que sejam consideradas as pluralidades de conhecimentos, sujeitos, vivências etc. Nessa seara surge, por exemplo, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, que rompe com esse modelo tradicional que “refuta a visão ocidental de tais direitos, dotada de caráter universal e abstratismo, já que construída sob a ótica de um sujeito europeu, branco, homem e burguês, mostrando-se insuficiente para alcançar os diversos sujeitos de direito por conta do pluralismo cultural existente” (LIMA; FRUTUOSO, 2018, p. 18).

Vanessa Berner, aponta que na segunda metade do século XX surgem as propostas acerca das teorias feministas do Direito no Brasil, na tentativa de questionar se a aplicação da norma jurídica trazia resultados diferentes para homens e mulheres. As juristas conceberam o Direito como uma ferramenta de opressão que utilizava-se do discurso neutro e objetivo. O ponto enfrentado é o patriarcalismo, que representa um sistema de relações dominantes que fixa um só ponto de vista – masculino, branco, proprietário e padrão universal. A autora coloca que é verdade que há uma pluralidade de enfoques e metodologias do feminismo, bem como uma desordem teórica e conceitual,

12. Entrevista concedida por Simone de Beauvoir a John Gerassi em 1976. “Nesta entrevista Simone de Beauvoir avalia os efeitos de seu livro *O segundo Sexo* 25 anos após sua publicação, discutindo as contribuições e limitações da obra no que se refere ao movimento feminista e à luta das mulheres como um todo, no entanto, outras questões importantes são abordadas: sua trajetória como filósofa, sua relação com Jean-Paul Sartre, os percalços do processo de pesquisa e escrita do livro, a consciência e a independência feminina, enfim, trata-se de uma rara oportunidade para conhecer melhor a obra e o pensamento da filósofa”. Para saber mais, disponível em: < <https://farofafilosofica.files.wordpress.com/2017/05/o-segundo-sexo-25-anosdepois-por-simone-de-beauvoir.pdf> > Acesso em 08.10.18.

13. “Com efeito, a interculturalidade contrapõe-se ao multiculturalismo assimilacionista, na medida em que preconiza que as culturas são todas incompletas, e que a solução seria um diálogo intercultural, por meio da hermenêutica diatópica” (LIMA, 2017).



mas isto se dá tendo em vista que as teorias feministas buscam aproximar-se da realidade: num primeiro momento, para desconstruí-la através de suas críticas, e num segundo momento para reconstruí-la desde uma perspectiva normativa visando à emancipação dos grupos marginalizados – de todos os indivíduos (BERNER, 2016).

Berner e Melino propõem discussão sobre perspectivas feministas e movimentos sociais na esfera do planejamento urbano. No decorrer de sua pesquisa, citam os estudos de(s)coloniais. É relevante referenciar tal ponto, pois demonstra como as juristas feministas e não somente as juristas, mas todo um grupo de pesquisadoras estão alinhadas teoricamente, e no que isto pode representar diante do todo. Nos atentemos para o que destacam as autoras:

As teorias descoloniais chamam a atenção, justamente, para não buscarmos soluções prontas e fechadas para os problemas que vivemos. A proposta dos teóricos descoloniais é contextualizar social, cultural e politicamente nos países periféricos o que se produziu à margem do conhecimento hegemônico por imposição dos processos civilizatórios colonizadores. Para isto, buscam entender e localizar as experiências de reorganização ou recomposição que ocorrem depois de momento de descentralização e/ou desterritorialização. Esses autores analisam as diversas realidades de indivíduos e grupos que atuam à margem de contextos de dominação e subordinação e, para tal, produzem novos formatos, ao passo em que compreendem o contexto em que os elementos de subordinação são produzidos (BERNER; MELINO, 2016, p. 1875).

É por isso que se fala em pluralidade de mulheres. Grazielly Baggentoss levanta novamente a inquietude sobre “as balizas da ciência tradicional e dos métodos de como coletar, pensar e produzir o conhecimento” (2018, p. 199), pois observando este discurso universal, “bem como a expressa menção sobre a subjugação de determinadas formas de saberes e existências, questionando-se, inclusive, a formação do Direito” (2018, p. 207). Questionar o Direito é questionar as estruturas que estão postas e como elas têm sido conduzidas quando da sua relação com a sociedade, refletir sobre quais são as consequências para os sujeitos de direitos e para a própria estrutura jurídica.

Quando da análise das relações internacionais, Karina Silva e Gustavo Bodenmüller, examinam que as matrizes de análise do mundo predominantes são derivadas de um projeto eurocêntrico de poder. “A Europa, ao forjar o caráter pretensamente universal e de construção coletiva destes conceitos, age de modo a negar e subjugar os saberes e as historicidades de povos não-europeus e não-ocidentais” (2018, p. 55). De acordo com os autores, a imposição de valores pautados numa perspectiva particular (eurocentrada) de mundo a outros povos, cerceia possibilidades de pluralidade e de representatividade (SILVA; BODENMÜLLER, 2018, p. 55).

Para a historiadora Margareth Rago, a constituição de uma epistemologia feminista se expressa na busca de uma nova linguagem ou da produção de um contradiscurso na produção do conhecimento científico. Afirmar, a autora, que esse modo feminista de pensar rompe com os modelos hierárquicos de funcionamento da ciência e com vários pressupostos da pesquisa científica. Rompe, portanto, com um enquadramento conceitual normativo (RAGO, 1998, p. 10.). Importa assinalar o que leciona a autora:

Portanto, o feminismo propõe uma nova relação entre teoria e prática. Delineia-se um novo agente epistêmico, não isolado do mundo, mas inserido no coração dele, não isento e imparcial, mas subjetivo e afirmando sua particularidade. Ao contrário do desligamento do cientista em relação ao seu objeto de conhecimento, o que permitiria produzir um conhecimento neutro, livre de interferências subjetivas, clama-se pelo envolvimento do sujeito com seu objeto. Uma nova idéia da



produção do conhecimento: não o cientista isolado em seu gabinete, testando seu método acabado na realidade empírica, livre das emoções desviantes do contato social, mas um processo de conhecimento construído por indivíduos em interação, em diálogo crítico, contrastando seus diferentes pontos de vista, alterando suas observações, teorias e hipóteses, sem um método pronto. Reafirma-se a idéia de que o caminho se constrói caminhando e interagindo (RAGO, 1998, p. 11-12).

Em entrevista, Margareth Rago elucida porque utiliza o termo Epistemologia Feminista atrelado às discussões de gênero como possibilidades abertas para a produção de conhecimento. Para a autora, o pensamento moderno se estruturou por meio de oposições binárias, como por exemplo razão e emoção, público e privado, masculino e feminino etc., que não só dividiram o mundo entre aquilo que é desejável e indesejável, mas também em hierarquias e exclusões violentas, tudo isto levando em consideração as práticas de subjetivação às quais estamos submetidos quanto à classe, etnia, gênero, geração dentre outros. Diante deste cenário, legitimam-se as formas modernas de dominação (2017).

De acordo com Carol Smart, “o ingresso de feministas ao campo do Direito tem o transformado num lugar de luta em vez de um instrumento de luta” (2000, p. 32-33), ou seja, em uma das visões sobre o Direito, ele deve ser utilizado como instrumento para garantir os Direitos Humanos e alcançar a justiça social. Levando em conta este fator e afirmação da autora, é possível refletir que o Direito para além de ser pensado e construído como instrumento de luta, é o próprio lugar de luta, quando objetivada a transformação desta estrutura através do refinamento das nossas teorias jurídicas com o suporte da ação feminista.

CONCLUSÃO

Todo período conta com suas especificidades. No momento atual, as mulheres têm assumindo certo papel em meio a tudo isto, tendo em vista o que a dinâmica social proporciona. Antes já produziam sobre política, filosofia, economia, direito, educação etc. Agora produzem mais. Tomaram alguns os espaços, em verdade, em níveis diferenciados para determinados grupos de mulheres dependendo de seus marcadores sociais.

No primeiro momento da pesquisa, discorreu-se introdutoriamente sobre o surgimento – formal – do feminismo brasileiro, para elucidar que os momentos são diferentes em cada ponto do globo, bem como como as condições. Em seguida, buscou-se verificar as diversas abordagens feministas, que no campo teórico vão desde o feminismo clássico, feminismo negro, feminismo *queer*, feminismo decolonial e etc., reconhecendo-se que o vasto campo feminista teórico não foi exaurido nesta pesquisa. A construção teórica feminista apresenta algumas convergências mirando no desfazimento da hierarquia de gênero, e também aponta para as divergências que cada grupo de mulheres podem vivenciar em suas localidades e em seus corpos.

Em seguida, foi explanado a respeito do modo de construção do Direito no Brasil, observando as influências, primordialmente europeias, e a necessidade de descolonização do mesmo, para que atenda da melhor maneira a própria realidade jurídica brasileira que é complexa. Em seguida, a construção de mulheres juristas feministas foi explorada, em variados ramos do Direito, a fim de demonstrar que essa composição feminista por si só implica em modificações no cenário jurídico, uma vez que os olhares são distintos e se atentam para grupos marginalizados pela própria estrutura jurídica.

Como aponta Margareth Rago, o feminismo propõe uma nova relação entre teoria e prática. Uma vez que inserido e trabalhado no âmbito jurídico desde a perspectiva de



juristas feministas, de formar dialogada, a modificação passa a ser desenhada desde a construção teórica, refletindo a curto, médio e longo prazo, na esfera social e na prática jurídica daqueles que entram em contato com essas novas concepções. Isto significa, voltar-se, em certa medida, para a questão da subjetividade. Isto é, refletir sobre quem são os sujeitos de direito; repensando o Direito, no plano teórico e prático, assim como se compromete(m) o(s) feminismo(s).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGGENSTOSS, Grazielly A. Prólogo – **A Resistência das Mulheres Atuantes no Meio Jurídico**. Direito das mulheres. Grazielly Baggentoss (Coord.). 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 256p.

BAGGENSTOSS, Grazielly A. **O discurso universal e a Construção de Categorias Teóricas de Gênero: uma Análise Elementar do Direito Brasileiro sob o viés da Epistemologia Feminista**. Direito e Feminismos: materialidades que confrontam discursos. Grazielly Baggentoss (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 224p.

Grazielly Baggentoss (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 224p.

BERNER, Vanessa. **As teorias feministas e o direito: uma aposta para a emancipação da sociedade**. VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

(<http://www.conpedi.org.br/eventos/vicongressointernacional>). Disponível em: < <https://vanessabraziliensis.wordpress.com/2016/12/04/as-teorias-feministas-e-o-direito-uma-aposta-para-a-emancipacao-da-sociedade/> > Acesso em 23 de dez de 2017.

BERNER, Vanessa; MELINO, Heloisa. **Perspectivas feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano**. Revista de Direito da Cidade. vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**. Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1. Disponível: < http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrator/components/com_simplefilemanager/uploads/CNV/relat%C3%B3rio%20cnv%20volume_1_digital.pdf > Acesso 22 de out. 2018.

CARDOSO, Cláudia Pons. **Amefricanizando o feminismo: o pensamento de Lélia Gonzalez**. Estudos Feministas, Florianópolis, 22(3): 320, setembro-dezembro/2014. P. 965-986.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o Direito e o pensamento decolonial**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 224p.



COLLINS, Patricia Hill. **Como alguém da família**: raça, etnia e o paradoxo da identidade nacional norte-americana. Ver. Genero. V. 8. N. 1. Indb. 27. 2008. Disponível em: < <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/160/101>> Acesso em 11 de dez. 2018.

CRENSHAW, Kimberle W. **A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero**. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

CURIEL, Ochy P. Hacia la construcción de un feminismo descolonizado. In: **Tejiendo de otro modo**: Feminismo, epistemología y apuestas escoloniales en Abya Yala / Editoras: Yuderkys Espinosa Miñoso, Diana Gómez Correal, Karina Ochoa Muñoz – Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DEL PRIORI, Mary (org). **História das mulheres no Brasil**. – 2.ed. – São Paulo: Contexto, 1997.

ESPINOSA, Yuderkys. **De por qué es necesario un feminismo descolonial: diferenciación, dominación co-constitutiva de la modernidad occidental y el fin de la política de identidad**. Solar | Año 12, Volumen 12, Número 1, Lima, pp.171. DOI. 10.20939/solar.2016.12.0109.

FEDERICI, Silvia. **O Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução Coletivo Sycorax. Elefante Editora, 2017.

HARAWAY, Donna. **Manifesto ciborgue**. Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX, IN; Antropologia do ciborgue: as vertigens do pós-humano / organização e tradução Tomaz Tadeu – 2. ed. – Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. – (Mimo).

HARAWAY, Donna. **Saberes localizados**: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. Cadernos Pagu (5) 1995: pp. 07-41.

LIMA, Fernanda da Silva. **Direitos Humanos, Gênero e Políticas Públicas**. 09 de agosto de 2017. Notas de Aula.

LIMA, Fernanda da Silva; FRUTUOSO, Paula Keller. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Questão Racial**. PRIM@ FACIE João Pessoa: PPGCJ, v. 17, n. 36, 2018.

LORDE, Audre. **Textos escolhidos de Audre Lorde**. Herética Edições Lesbofeministas independentes, 2009. Disponível em: < <https://we.riseup.net/assets/171382/AUDRE%20LORDE%20COLETANEA-bklt.pdf> > Acesso em: 23 de dez de 2017.

LUGONES, María. **Rumo a um feminismo descolonial**. Estudos Feministas, Florianópolis, 22(3): 935-952, setembro-dezembro/2014.



- MACCISE, Regina Larrea. **Feminismo(S), Perspectiva de Género y Teorías Jurídicas Feministas**. Revista Derecho en Libertad, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, julho de 2011. Disponível em: < [https://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/Feminismo\(S\)_Perspectiva_de_Genero_y_Teorias_Juridicas_Feministas.pdf](https://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/Feminismo(S)_Perspectiva_de_Genero_y_Teorias_Juridicas_Feministas.pdf) > Acesso em 23 de dez de 2017.
- MACKINNON, Catharine A., **Feminism Unmodified**. Discourses on Life and Law, Harvard Universtiy Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, Inglaterra, 1987.
- RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.) - **Masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Ed.Mulheres, 1998.
- RAGO, Margareth. **Os impactos dos feminismos e dos estudos de gênero no currículo educacional**. Revista e-Currículo, São Paulo, v.15, n.2, p. 550 – 562 abr./jun.2017. Entrevista concedida a Delton Aparecido FELIPE; Fabiane Freire FRANÇA.
- OLIVEIRA, João Manuel de. **Desobediências de gênero**. Salvador: Editora Devires, 2017.
- O SEGUNDO SEXO 25 ANOS DEPOIS. **Entrevista com Simone de Beauvoir**. Entrevista concedida por Simone de Beauvoir a John Gerassi em 1976. Entrevista originalmente publicada em: BEAUVOIR, Simone; GERASSI, John. The Second Sex 25 years later – Interview with Simone de Beauvoir. In: Languages at Southampton University Interviewed, Society, jan.-feb, 1976. Disponível em: < <https://farofafilosofica.files.wordpress.com/2017/05/o-segundo-sexo-25-anos-depois-por-simone-de-beauvoir.pdf> > Acesso em 17 de mai. 2018.
- PIMENTEL, Silvia. **A mulher e a Constituinte**. – São Paulo: Cortez : EDUC, 1985.
- PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. – (Coleção história do povo).
- RUIZ, Alicia. **Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género**. Colección Equidad de género y democracia, vol. 6; – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, ribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2013.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A Mulher na Sociedade de Classes**: mito e realidade; prefácio de Antônio Cândido de Mello & Souza. Petrópolis, Vozes, 1976. 384p.
- SMART, Carol. **La teoría feminista y el discurso jurídico**. El Derecho en el Género y el Género en el Derecho, 2000.
- SCOTT, Joan. **Gênero, categoria útil de análise histórica**. Educação e Sociedade. 20 (2) Porto Alegre, 1990. p.
- VERUCCI, Florisa. **O Direito da Mulher em Mutação**: os desafios da igualdade. Belo Horizonte/MG: Livraria Del Rey Editora Ltda, 1999. 259p.



O DIREITO DE FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: DECISÕES DIFÍCEIS A SEREM TOMADAS

Larissa Emanuelle Asção

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar todo o contexto que envolve o direito de família, principalmente no que tange a pandemia ocasionada pela COVID-19 que assola o país. Para tanto, será abordado cada tópico sobre os principais assuntos decorrentes do direito de família, principalmente no que diz respeito a criança e adolescente. Abordando-se sobre a guarda compartilhada e sua manutenção em tempos de pandemia, seguidamente analisando o direito de convivência entre pais e filhos e possibilidade da substituição da presença física pela presença virtual, afim de amenizar as restrições ocasionadas pelo atual cenário. Ao final da pesquisa, foi analisado também a discussão quanto a decisão do STJ no que diz respeito a prisão civil do alimentante e a possibilidade da conversão em prisão domiciliar, bem como, foi estudado também a diminuição da prestação alimentar, priorizando sempre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, também sob o atual cenário de pandemia na qual nos encontramos.

Palavras chave: Guarda Compartilhada. COVID-19. Direito de Convivência. Prisão Civil. Prestação Alimentar

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise de determinadas situações que envolvem o Direito de Família e decisões a serem tomadas em meio a pandemia do novo COVID-19.

As decisões e acordos homologados no judiciário no que diz respeito a guarda, direito de convivência e alimentos, de forma alguma dirá a respeito de pandemias que assolam o país, afinal, é uma situação jamais esperada. Por conta disso, decisões importantes precisam ser tomadas afim de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente.

O primeiro tópico diz respeito a guarda compartilhada e a possibilidade manutenção desta guarda em tempos de pandemia, visto que é natural as incertezas nos tempos em que nos encontramos, trazendo então de que forma deverá ser tratado tal questionamento entre os genitores. No segundo tópico, aborda-se o direito de convivência dos genitores, trazendo sugestões de adequação da melhor forma em que a convivência entre pais e filhos poderá ser mantida, de tal forma que sempre priorizará o melhor interesse da prole, novamente trazendo o cenário da pandemia do país e a possibilidade da convivência neste período.

Aborda-se ainda, a substituição da prisão civil pelo não pagamento da pensão pela prisão domiciliar em tempos de pandemia, analisando uma decisão do Supremo Tribunal Federal - STJ sobre o assunto.

Por fim, a possibilidade da diminuição da prestação alimentar, considerando a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

Foi realizada uma pesquisa exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica, com o levantamento de referencial teórico em livros, artigos científicos, decisões judiciais, em que pôde constatar o entendimento majoritário à respeito do tema.

1. A GUARDA COMPARTILHADA

Compartilhar, como o nome já sugere, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades no que diz respeito ao sustento, educação e convívio com os filhos menores de forma direta e conjunta.

A fixação de qual das residências a prole irá residir, ou seja, qual a será a residência fixa, é consequência direta do estabelecimento do compartilhamento da



guarda, podendo inclusive, acontecer conforme determina o Código Civil em 2014, sendo certo que, os pais que residam em cidades diferentes, poderão ainda assim, possuir o regime de guarda compartilhada dos filhos.

Na guarda compartilhada todas as decisões significativas da vida da prole, entre elas, eleição da escola, atividades extracurriculares, questões a respeito da saúde e bem-estar, deverão ser decididas em conjunto por ambos os pais. Conforme destacado por Rosa (2020, p. 472), existindo a guarda compartilhada, não há obrigatoriedade da convivência diária dos genitores:

Ao contrário do que se imagina, mesmo existindo o compartilhamento, sua fixação não importará em, necessariamente, que os genitores mantenham um contato diário. A ideia é que as decisões estruturais da vida da prole possam ser divididas entre os genitores. Assim, como a congestão da vida dos filhos, ambos os genitores deverão opinar quanto ao estabelecimento escolar em que o filho estudará, bem como qual atividade extracurricular o filho deverá frequentar. Quanto às decisões de saúde, nada mais justo que, em conjunto, possam deliberar não apenas quanto ao tratamento de saúde a ser aplicado ao filho, mas também, a decisão quanto ao terapeuta que atenderá os filhos.

Importante destacar que o Código Civil não esclarece o modo pelo qual deverá ocorrer a divisão equilibrada do tempo do menor com o genitor que não detém a base da residência fixa.

Decisões e acordos, em tempos de normalidade, costumam estabelecer um regime de convivências entre pais e filhos em finais de semana intercalados, de modo que sempre prevalece o melhor interesse da criança e adolescente.

Para que seja estabelecida as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência no que diz respeito a guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá se basear em orientação de equipe interdisciplinar, como exemplo, entrevistas e reuniões com psicossociais, afim de sempre priorizar o melhor interesse da criança, conforme destaca Rosa (2020, p. 473):

(...) a atuação conjunta do Direito com o Serviço Social e a Psicologia, via perícia ou mediação de conflitos, faz com que ganhem todos os envolvidos, e, principalmente, as crianças e adolescentes, uma vez que se reduzem, significativamente, as chances de esses filhos tornarem-se instrumentos de disputa em uma tentativa frustrada de compensar os traumas sentimentais com disputas judiciais

A guarda compartilhada busca trazer aos pais, apesar da sua separação pessoal, em muitos casos, e da moradia em lares diferentes, que continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos, sendo ambos os genitores responsáveis pela formação dos seus filhos, ainda que separados, sempre buscando a melhor forma de resolver as situações parentais, sendo assim, exercendo da mesma maneira o poder familiar, tal como ocorrida enquanto coabitavam, compartilhando a responsabilidade das tomadas de decisões relativas aos filhos.

Entretanto, devido ao atual cenário de pandemia, causador da COVID-19 que nos encontramos, vivenciamos um cenário de restrições, cautelas e incertezas, sendo natural que os genitores comecem a discutir e repensar a manutenção da guarda compartilhada dos modos aplicados até então, previstos em acordos ou nas sentenças.

Gera-se as seguintes perguntas: Há possibilidade da manutenção da guarda compartilhada nos tempos de pandemia? E como fica o direito de convivência devido as restrições de visitas?



É natural as incertezas no atual cenário, não adiantaria os genitores procurarem a solução no acordo homologado ou na sentença que proferiu a guarda compartilhada, nada será encontrado, estamos vivendo um cenário jamais imaginado.

Sendo assim, cabe a maturidade de ambos os genitores para que o princípio do melhor interesse da criança venha prevalecer, seja no que diz respeito a guarda, seja no que diz respeito o direito de convivência com a criança e o adolescente.

2. O DIREITO DE CONVIVÊNCIA

O instituto de convivência familiar que anteriormente era denominado como “visitas”, será fixado em qualquer tipo de guarda, seja na guarda compartilhada, seja na guarda unilateral.

O tempo que o menor permanecerá na companhia do genitor a determinação da divisão de feriados será determinado conforme sentença ou acordo judicial.

Segundo a legislação, o pai ou a mãe, cuja guarda estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que concordar com o outro genitor ou o que for fixado pelo juiz.

O direito de convivência poderá ser realizado através de ação consensual ou litigiosa, podendo inclusive ser cumulada com outras ações (divórcio, dissolução de união estável, alimentos).

A convivência familiar é extremamente importante para o desenvolvimento pessoal da criança e do adolescente, indo além de meras visitas em finais de semana intercalados, conforme disposto por Rosa (2020, p. 496):

A fixação de singelos finais de semana alternados, como tradicionalmente fora realizado nas Varas da Família, importava em que um dos progenitores permanecesse ao lado de seu filho em apenas quatro dias, enquanto os demais vinte e seis eram vividos na companhia do guardião.

Em razão disso a doutrina e a jurisprudência passaram a aposentar o termo “visitas”, substituindo por “convivência”, para inclusive justificar a postulação de um tempo maior de permanência da prole com o não guardião. Neste sentido, é essencial realizar um plano de convivência a ser cumprido pelos genitores, conforme exemplificado abaixo:

Finais de semana alternados, sugerindo-se no final das atividades escolares de sexta-feira permanecendo com o genitor ou genitora até segunda-feira, antes do início das aulas;

Convivência semanal: sugere-se uma pernoite semanal, de modo que o genitor ou genitora fique com a prole pela manhã deixando-o na escola no outro dia;

Natal e ano novo: sugere-se intercalados e alternados de tal sorte nos anos ímpares o natal será com o genitor e o ano novo com a genitora, em anos pares, o natal será com a genitora e o ano novo será com o genitor;

Das férias escolares de janeiro: sugere-se permanecer nos primeiros quinze dias com o genitor com quem tiver passado o ano-novo imediatamente anterior e a segunda quinzena com o outro genitor

Nas férias escolares de julho: sugere-se o menor passar a primeira parte das férias com o pai e a segunda com a mãe;

Dias das mães e pais: sugere-se o menor permanecer com os respectivos homenageados.

Conforme Rosa (2020, p. 496), após analisar um quadro de fixação de convivência poderá as partes questionarem “porquê não deixar a convivência livre?”.



Todavia, sabemos que a estipulação de convivência livre, infelizmente, possui um grande potencial de gerar atritos. Além disso é , importante é para uma criança possuir rotina, não devendo ser diferente do regime de convivência.

Entretanto, vivenciando uma atual pandemia no país, a melhor solução para o regime de convivência é o bom-senso e acordo entre os pais, conforme explanado por SIMÃO (2020, p. 02):

(...) deve-se suspender provisoriamente o sistema de deslocamento das crianças em tempos de pandemia mantendo-as apenas com a mãe, pois com ela já residem. A resposta é positiva. Isso, evidentemente, gera prejuízos para o pai e para os filhos por força de uma redução temporária de convívio. Sim, é verdade, mas são tempos de escolhas trágicas. O jogo na realidade B é de perde-perde. Isso pode ser compensado de futuro. O pai alijado, provisória e momentaneamente, do convívio físico com os filhos, pode, nas férias, ficar mais tempo com eles como forma de “matar as saudades” e recuperar parte do tempo perdido.

Ainda sugere que neste momento onde há suspensão das aulas escolares presenciais é possível permitir que que prole resida 15 dias com o pai e 15 dias com a mãe, já que boa parte das pessoas se encontram em *homeoffice*. Tendo assim, grandes vantagens, visto que a prole convive com o pai e a mãe, não ficando afastada de nenhum deles por um longo período, sendo que o deslocamento se dará por apenas duas vezes, ajudando inclusive os pais produzirem em *homeoffice*.

Sabemos que o diálogo é a chave de tudo, priorizando assim a saúde física e mental da prole é certo que a convivência e a guarda compartilhada sofrerá muitas restrições, entretanto, a situação deverá, de acordo entre os genitores, impactar o mínimo possível aos filhos.

E por que não utilizar a tecnologia a favor? Fazendo assim com que a convivência presencial seja substituída pela convivência virtual, como por exemplo, as vídeos chamadas, ligações telefônicas, amenizando assim a saudade e buscando impactar o mínimo possível na vida dos filhos, visto que neste momento, o contato físico deverá ser substituído.

3. ALIMENTOS E PRISÃO DO DEVEDOR- DECISÃO DA 3ª TURMA DO STJ

O dever de prestar alimentos é obrigação posta a quem a lei determina que prestem o necessário para a manutenção do outro, conforme Cahali (2013, p. 97), em síntese, tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano , assegurando a sobrevivência dos integrantes do núcleo familiar.

A obrigação alimentar é devida quando quem a pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele a quem se pede, poderá fornecê-los sem qualquer desfalque do necessário ao seu próprio sustento.

Em regra, os alimentos são adimplidos em pecúnia, cabendo ao genitor que detém a guarda a gestão financeira dos valores no interesse dos filhos ou ao próprio beneficiário quando maior de idade para que possa organizar sua vida financeira com os valores recebidos.

Entretanto o dever os alimentos se revela extremamente delicado em momentos de pandemia, principalmente no que diz respeito aos problemas financeiros muitas vezes ocasionado ao devedor dos alimentos.

Conforme Simão (2020, p. 04), diversos são os problemas financeiros atualmente enfrentados em razão da COVID-19:



Fatores como desemprego, fechamento de lojas e restaurantes, redução de jornada com redução de remuneração, devem ser considerados nas ações revisionais vindouras. Contudo, como diria Ortega y Gasset, “eu sou eu e minha circunstância”, logo esses fatores não implicam, por si, perda de possibilidade de pagar a pensão total ou parcialmente.

Independentemente dos impactos financeiros no que diz respeito a pensão alimentícia durante a pandemia o alimentante ainda tem obrigações. Isto é, o alimentante não pode simplesmente deixar de prestar o alimento ao alimentado.

Muitas decisões judiciais que julgaram o não pagamento de pensão e consequentemente o pedido de prisão, aplicam a passaram a determinar a prisão domiciliar.

Entretanto, a 3ª Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça) em uma de suas decisões, negou o pedido de prisão domiciliar, embora tenha suspenso a prisão de devedor de alimentos durante a pandemia. Tal decisão veio no julgamento de HC impetrado contra acórdão proferido pela 9ª câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que manteve a prisão de um homem por não ter pago as prestações da pensão alimentícia que venceram posteriormente ao pedido de extinção da execução de alimentos.

De acordo com o TJSP, o devedor quitou os débitos alimentares até outubro de 2019, momento em que pediu a extinção da ação de execução, entretanto, a partir daí, deixou de pagar a pensão, o que resultou na decretação da sua prisão em janeiro de 2020.

A defesa argumentou que diante do cenário da pandemia o recomendado é a substituição da prisão civil em regime fechado pela prisão domiciliar, em razão da situação de vulnerabilidade que se encontra a população carcerária do país. Informando também, que toda dívida que foi acumulada já havia sido quitada e que após o pedido de extinção da execução, os pagamentos continuaram sendo feitos mensalmente, entretanto, estavam sendo realizados de forma parcial.

O relator do caso Ministro Villas Bôas Cueva, informou que o art. 6º da recomendação 62/20 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) orienta que, em as pessoas presas por dívidas alimentícias sejam colocadas em prisão domiciliar.

O magistrado ressaltou que é extremamente necessário evitar a propagação da COVID-19, porém ressalva:

(...) assegurar aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o mandamento legal que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando

Não é plausível substituir o encarceramento pelo confinamento social- o que, aliás, já é a realidade da maioria da população, isolada no momento em prol do bem-estar de toda a coletividade.

O Ministro Villas Bôas Cueva ressaltou que a Constituição Federal assegura a todos o direito à incolumidade física e moral e que os direitos inerentes à personalidade é cláusula geral de tutela da pessoa humana, sendo inclusive, alcançado também o devedor de alimentos, que não poderá ter sua vida posta em risco com o cumprimento da prisão sendo em regime fechado.

Em razão disso, o relator concluiu que em virtude da pandemia que assola a saúde pública do país- e como não é possível a concessão da prisão domiciliar, admite-



se então, em caráter excepcional, a suspensão da prisão dos devedores de pensão alimentícia em regime fechado, enquanto durar a pandemia:

A prisão civil suspensa terá seu cumprimento no momento processual oportuno, já que a dívida alimentar remanesce íntegra, pois não se olvida que, afinal, também está em jogo a dignidade do alimentando, em regra, vulnerável.

Desta feita, observa-se que a obrigação do alimentante com o alimentado permanece a mesma, mesmo em tempos de pandemia, visto que o pagamento da pensão, é necessária para a manutenção e sobrevivência do alimentado, não podendo o alimentando simplesmente optar em deixar de efetuar o pagamento da pensão.

Porém, embora o pagamento deva continuar a ser realizado, não se pode falar em prisão do devedor, sendo esta medida suspensa durante todo o período que pertubar a pandemia e o estado emergencial no país.

4. REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR EM TEMPOS DE COVID- 19

Até o momento não há nenhuma norma, nem ao menos um projeto de lei que desobrigue o alimentante em efetuar o pagamento mensal da pensão, ou ao menos que determine a diminuição do seu valor em decorrência da pandemia. Sabe-se que na época em que vivemos, a necessidade de quem é beneficiário dos alimentos não somem ou suspendem, eles continuam a existir e serão sempre prioridade.

Almeida (2020, p. 01), destaca que inúmeras são as situações de desemprego, suspensão dos contratos de trabalho e suspensão das atividades, vivenciadas, não se pode defender a suspensão ou exclusão do pagamento dos alimentos em razão dessas situações. Não há nenhuma justificativa para que o desemprego, por si só, seja justificativa de exoneração dos alimentos.

O isolamento provocado pela COVID-19 gerou um impacto muito grande em diversos setores, principalmente no setor econômico do país, fazendo com que diversas pessoas que exercem atividades sem vínculo empregatício deixaram de produzir renda ou até mesmo, tiveram sua renda demasiadamente reduzida.

Portanto, este é um momento onde devemos nos atentar para a possibilidade de adequações, com o principal objetivo de não deixar a prole sem meios de subsistência, e para que não haja supressão de um direito fundamental sobre o outro.

Uma das opções adotadas por advogados de direito de família, conforme a Dra. Isabella Loureiro, na qual requereu a redução de alimentos de forma provisória pelo período de 90 (noventa) dias para que não houvesse prejuízo no pagamento das prestações alimentares futuras do genitor aos filhos e obteve êxito na esfera judicial.

O alimentante no caso, é profissional liberal, portador de doença crônica e já possui reflexos nos seus ganhos em razão do isolamento imposto pela COVID-19. Desta feita, o juízo da 1ª Vara de Família de Santa Cruz, entendeu pelo deferimento da medida pelo período de quatro meses, com opinião favorável do Ministério Público, que entendeu ser medida de caráter excepcional.

Cabe então ao Poder Judiciário ponderar o que pode ou não se tratar de um encargo para fins de diminuição da prestação alimentar, sem que seja cessado totalmente a subsistência da prole, levando-se em consideração que de uma maneira global a grande maioria dos profissionais liberais estão passando por inúmeras restrições.



CONCLUSÃO

A pesquisa destaca as principais questões relativas ao direito de família em tempos de COVID-19, sendo perceptível a necessidades de adaptações na atual situação em que no encontramos.

No que diz respeito a guarda compartilhada e o direito de convivência deverão ser alterados, tornando a presença física substituída pela presença virtual, afim de que o isolamento social seja devidamente cumprido, respeitando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

Posto isso, a pandemia também poderá ocasionar alterações salariais dos alimentantes, com o presente artigo verificamos a decisão do STJ a respeito da prisão civil por não pagamento da pensão e a sua impossibilidade em tempos de COVID sendo esta medida suspensa durante todo o período que perdurar a pandemia e o estado emergencial no país.

Por fim, resta demonstrado a possibilidade da redução da prestação alimentar, visto que o isolamento social gerou um impacto muito grande em diversos setores, principalmente no setor econômico do país, havendo então a possibilidade da redução dos alimentos provisoriamente, até a normalização da situação.

Sendo assim, qualquer que seja a situação, a conversa entre os genitores e a tentativa de um acordo devem sempre prevalecer, afim de que não haja prejuízo para a prole, amenizando o máximo possível o tempo de pandemia que estamos vivenciando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito à convivência familiar. In: IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios: relexões e patrimoniais**. Por Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012, p.107.

DORIA, Isabel I.Z. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19> Acesso em: 19 mai. 2020.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Tradução de Geiger. 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LOUREIRO, Isabela. **Redução de alimentos por tempo determinado em função do COVID -19**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1441/Redu%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos+por+tempo+determinado+em+fun%C3%A7%C3%A3o+do+COVID+-19>. Acesso em: 07 de junho de 2020.

LUZ, Jeferson Freitas. **STJ: Terceira Turma nega regime domiciliar, mas suspende prisão de devedor de alimentos durante a pandemia**. Disponível em: <https://jefersonfreitasl.jusbrasil.com.br/noticias/855205949/stj-terceira-turma-nega->



regime-domiciliar-mas-suspende-prisao-de-devedor-de-alimentos- durante-a-pandemia? ref=feed/. Acesso em: 06 de junho de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Devedores de pensão alimentícia, em todo o Brasil, deverão cumprir prisão em regime domiciliar.** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/coronavirus-devedores-de-pensao-alimenticia-em-todo-o-brasil-deverao-cumprir-prisao-em-regime-domiciliar/> Acesso em: 05 de Junho de 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo-** 6 ed.rev-Salvador, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. Ifamily: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020> Acesso em: 05 de Junho de 2020.

SOLDÁ, Angela Maria, OLTRAMARI, Vitor Hugo. **Mediação familiar: Tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança.** Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre, Magister, v.29, ago./set.2012 p.76.

SOUSA, Bruna Alessandra Costa Rossi. **O direito à convivência e aos alimentos em tempos de pandemia da COVID-19.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1458/O+direito+%C3%A0+conviv%C3%Aancia+e+aos+alimentos+em+tempos+de+pandemia+da+COVID-19>. Acesso em: 05 de Junho de 2020.



A (DES)ESTRUTURA POLICIAL DEVIDO AO DESCASO DO ESTADO E A (IN)SEGURANÇA À POPULAÇÃO

Lucas Nicolas dos Santos Gallotti ¹
Waldemar Moreno Junior ²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a estrutura policial em seus diversos aspectos, entre eles os recursos materiais, humanos e as condições psicológicas de seus integrantes. Também demonstra a desatualização ou ausência de leis regulatórias pertinentes às questões de número de efetivo, bem como de recursos materiais e dos procedimentos policiais. Esse estudo demonstra-se necessário em razão de que, um dos maiores problemas da contemporaneidade se trata da Segurança Pública, e como consequência a descrença nos agentes do Estado e um clamor público social por maior efetividade. Considera-se impossível abordar Segurança Pública sem tratar que em seu âmago encontra-se a fase policial e sua estruturação processual, que se encontra na “linha de frente” das lides jurídicas, assim traçando um paralelo da atuação policial e suas limitações. O objetivo geral consiste em abordar as principais dificuldades encontradas no seio policial e evidenciar as falhas estatais. A metodologia utilizada é qualitativa, método dedutivo, técnica bibliográfica e documental. O resultado demonstra que a omissão do Estado fomenta a insegurança.

Palavras-chave: (Des)estrutura Policial, Ineficácia do Estado, (In)Segurança Pública.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar a falta de estruturação policial, seja material, humana e os efeitos que essa omissão do Estado causa na ordem psíquica dos policiais e seus reflexos perante a sociedade. Apesar de ser uma das atribuições assumidas pelo Estado, este não assegura condições dignas para que os servidores atuantes na área desempenhem suas funções com êxito, sendo então necessário elencar onde este está sendo omisso e negligente, bem como apontar eventuais medidas que, caso fossem adotadas, poderiam viabilizar, melhorar ou minimizar as questões relativas ao assunto.

Os estudos buscam também demonstrar a omissão estatal com relação a um efetivo fixo determinado em lei, e correlacionando o descaso com a contribuição negativa de modo a fomentar a crescente insegurança que permeia a sociedade.

O assunto será comentado de forma a dar ênfase à polícia civil e militar, já que estas estão em contato mais próximo com a sociedade. Não obstante, buscará demonstrar que a garantia da segurança no setor público não obtém êxito tanto nas ações preventivas, exercidas pela polícia militar, bem como na instrução dos procedimentos administrativos, inquéritos policiais e termos circunstanciados que tramitam em sede de polícia judiciária.

De modo a apresentar o conteúdo, inicialmente será abordado a respeito das disposições legais de Segurança Pública e sua problemática. Já, na segunda parte, serão demonstradas quais são os agentes policiais atuantes na persecução criminal. Em seguida a apresentação de problemáticas envolvendo o descaso estatal, subdivididas em efetivo humano, material, psíquico, custódia de presos por policiais e delegação de funções. A quarta parte será demonstrado dados estatísticos do efetivo e de percepção social e com breves comentários a respeito. Após, será apresentada a possibilidade de

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Pós-Graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. E-mail: lucasnicolas@live.com.

2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Coordenador do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: profwmorenojr@gmail.com.



reforma no sistema vigente, contando com opiniões pró e contra. E por fim, contará com a metodologia aplicada, análise e conclusão do estudo deste artigo.

1. DISPOSIÇÕES LEGAIS DA SEGURANÇA PÚBLICA E SUAS PROBLEMÁTICAS

Inicialmente, é necessário destacar a instituição policial, que nada mais é do que órgão de carreira do Estado imprescindível à manutenção da normalidade democrática. A polícia, conforme se depreende de trecho do Recurso Extraordinário com Agravo 654.432 Goiás, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, “é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social”, razão pela qual se faz indispensável à abordagem a respeito da Segurança Pública ao se aprofundar nas problemáticas encontradas em seio policial.

Assim sendo, é necessário evidenciar onde estão às disposições legais de garantia da Segurança Pública no ordenamento jurídico brasileiro e quais os respectivos órgãos que a ela integram.

A Constituição Federal apresenta, em diversos momentos, que a Segurança Pública é um dever do Estado e um direito do cidadão, exteriorizado inicialmente em seu art. 5º como uma garantia fundamental:

No mesmo sentido, a Segurança Pública se encontra prevista como direito social no art. 6º da Constituição Federal, e de acordo com ensinamentos do constitucionalista Lenza (2009, web), não estaria ligada à ideia de garantia individual, e sim aproximada ao conceito de Segurança Pública, no caráter de dever de Estado, sendo direito de responsabilidade de todos.

Além de ser reconhecida como direito individual e social, a Segurança Pública se encontra, no art. 144 da Constituição Federal, onde são elencados quais órgãos a ela pertencem, como se extrai *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

O artigo supracitado apresenta quais são os órgãos que compõem a Segurança Pública. Importante frisar que eventualmente ações são direcionadas ao Supremo Tribunal Federal para fins de um eventual acréscimo no rol taxativo do art. 144 da Constituição Federal. Neste caso, a Suprema Corte tem se manifestado de maneira reiterada por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI, a fim de apontar como *numerus clausus* (ou seja, número fechado ou taxativo), impedindo que seja estendido esse rol, vide ADIs 2.187, 1.182, 236. Com relação a obrigação e “dever do Estado” de garantir a Segurança Pública, previsto na Constituição Federal, Nucci (2016) entende que:

O Estado, assim, tem o dever e a responsabilidade de defender homens, mulheres, crianças, jovens e idosos das arbitrariedades que ele mesmo pode vir acometer. (...) A promoção da segurança pública, dessa maneira, pressupõe a existência de órgãos estatais que controlem o uso da força arbitrária por parte do Estado.

Esta promoção da segurança pelos órgãos estatais e essa responsabilidade de defender os indivíduos das arbitrariedades cometidas pelo próprio Estado é falha e não



vem sendo proporcionada satisfatoriamente, conforme entendimento dos autores Lima, Rattton e Azevedo (2014):

Na verdade, o Estado brasileiro, ainda não cumpriu satisfatoriamente a principal função de todo o estado: dar segurança a seus cidadãos, um direito muito valorizado por todos, sem importar sua escolha sexual, sua religião, sua cor de pele, seu gênero, seu nível de renda, sua escolaridade e etc.

Para que haja atendimento satisfatório a preceitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal, é necessária a observância de medidas que o Estado deve tomar para de fato cumprir as obrigações com relação à segurança, conforme disciplinam Szabó e Risso (2018, e-book):

A segurança, por sua vez, é proporcionada pelo Estado por meio de: a) um conjunto de normas que determinam o que é permitido e o que é proibido (as leis); b) políticas públicas que buscam promover os direitos dos cidadãos com equidade, igualdade e oportunidades, além de prevenir atos violentos e manter a convivência harmoniosa na sociedade (programas, projetos e ações dos governos federal, estaduais e municipais); c) procedimentos que asseguram o direito a um julgamento justo (juízes imparciais, defesa ampla e processo juridicamente correto); d) um conjunto de instituições responsáveis por aplicar as medidas preventivas e as sanções determinadas pelos juízes (instituições policiais, prisionais, fiscais etc.).

Ademais, a deficiência por não existirem mais dispositivos versando sobre Segurança Pública, proporciona efeito contrário do desejado, qual seria possibilitar segurança, já que a ausência de normas específicas abre margem para questões que, caso houvesse a previsão legal, não ocorreriam. Tal como entende Souza (2009, web), Coordenador Científico do Observatório de Segurança Pública, no qual retrata em um trecho a chamada “Guerra de Polícias”:

A indefinição da legislação infraconstitucional e a busca de extensão do poder possibilita a guerra de polícias. A polícia rodoviária federal realiza atividades de investigação em todas as áreas de atribuições, tanto da polícia federal no contrabando e descaminho, como em outras de atribuição das polícias civis estaduais. A polícia federal, através de convênios, delega atribuições para as polícias civis estaduais, especialmente na investigação e a repressão do tráfico ilícito de drogas. A polícia civil invade as atribuições da polícia militar com o uso de viaturas caracterizadas e realização de blitzes, em um verdadeiro processo de policiamento preventivo ostensivo. E as polícias militares buscam a realização do policiamento repressivo, com a feitura dos termos circunstanciados, investigação de delitos por meio de seus serviços de inteligência (inclusive com a solicitação de mandados de busca e apreensão ao Judiciário) e a difusão da pretensão de assumirem o ciclo completo de polícia e a lavratura do auto de prisão em flagrante pelo oficial de polícia militar.

Conforme observado, é possível notar que a “guerra das polícias” ocorre quando uma instituição policial acaba por exercer a competência de outra, causando assim um conflito desnecessário. Nesse sentido, em razão do desvio de função, entende o Delegado de Polícia Civil, Neves (2011, web):

A polícia militar, tal como a polícia civil, não está dando conta de suas atribuições em razão da famosa falta de efetivo, quanto mais se abraçar a função de outra que, diga-se de passagem, também não exerce a sua satisfatoriamente.



Assim, de acordo com o demonstrado, o desvio de atribuições não colabora para com a segurança e acaba por dificultar e fomentar a morosidade em resposta do Estado para com sua população. Exemplo disto é o Termo Circunstanciado (procedimento que apura os crimes de menor potencial ofensivo) realizado por policiais militares. A este, compete à polícia civil sua instauração, de forma que a partir daí serão dados os primeiros passos de investigação. Caso os policiais militares respeitassem a quem cabe à competência de quê, haveria melhor proveito de sua produtividade. E o fato da instituição militar realizar o procedimento de nada altera a obrigação da polícia civil que ainda terá que o fazer.

2. O CRIME E A PERSECUÇÃO CRIMINAL

Após o cometimento de um crime, se faz necessário trabalho conjunto dos membros integrantes da Segurança Pública, principalmente a polícia civil e militar, para que assim ocorra a eficácia no chamado *persecutio criminis* ou “persecução penal”. Nesse sentido, Szabó e Risso (2018, e-book), explicam:

Depois que o crime acontece, diferentes instituições entram em cena. A primeira delas é a polícia militar. Além do patrulhamento ostensivo-preventivo, ela também é responsável pela repressão imediata, isto é, por atuar enquanto o crime está em andamento ou acabou de acontecer. (...) A polícia civil sempre atua no pós-crime, uma vez que é responsável pela investigação. Somente com uma boa investigação, capaz de identificar provas e o autor da infração, se inicia o processo criminal.

No entanto, essa atuação da polícia militar e da polícia civil, não vem resultando frutífera, conforme continuam as autoras:

Lamentavelmente esse trabalho não funciona bem no Brasil. Em 2011, somente 6% dos roubos registrados na cidade de São Paulo tiveram instaurado o inquérito policial, primeiro passo da investigação. A taxa média de esclarecimento de homicídios no país também é muito baixa – no melhor dos casos, apenas 20% deles são esclarecidos pela Polícia Civil, com grande variação de estado para estado. É importante explicar que esclarecimento não é o mesmo que condenação – que no caso de homicídios é menor ainda. (Szabó e Risso, 2018).

Como destacado, é possível notar que não somente a investigação dos inquéritos na polícia judiciária, bem como a sua apuração para que estes consigam elucidar os crimes, se encontra prejudicada. No que pese a investigação, o diminuto quadro de efetivo humano, é um fator que impede para que ela ocorra de forma plena, o que prejudica a elucidação de crimes desde roubo até homicídios. No entanto, é preocupante, pois até mesmo a instauração dos inquéritos, não vem sendo realizada, havendo, desta forma, uma “negligência” ao não haver processos administrativos, que apurem a razão de haver um índice baixo de instauração em razão do crescente registro de crimes.

3. OS PROBLEMAS RESULTANTES DO DESCASO COM A FALTA DE EFETIVO POLICIAL

Vários são os problemas enfrentados por aqueles que arriscam suas vidas em prol da sociedade, estes conhecidos como policiais. Inicialmente, se faz necessária à apresentação de um contraste da falta de efetivo com a indagação feita por Cláudio L. S. Haddad, presidente do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais do Estado de São Paulo - IBMEC-SP, no prefácio de *Freakonomics* de Levitt (2005), onde assim indagou



“No verão aumenta o número de mosquitos assim como a venda de inseticidas. Isso quer dizer que se fossem vendidos menos inseticidas teríamos menos mosquitos? Ou que usar inseticidas é inútil?” (HADDAD, 2005, *apud* LEVITT, 2005).

Tal reflexão é de vital importância, pois ao se deparar com uma afirmativa, na qual há uma correlação de que o aumento de efetivo policial seria o fim dos problemas na Segurança Pública, apresenta-se uma utopia. Porém, a falta de efetivo é apenas uma das variáveis envolvidas na problemática enfrentada pelo Estado, da qual de fato precisa ser encarada e repensada, pois o modelo vigente não satisfaz os membros da Segurança Pública e a própria população que conta com esse serviço. E com relação a esse descontentamento no sistema brasileiro, Bauman (2003) entende que:

A tensão entre a segurança e a liberdade e, portanto, entre a comunidade e a individualidade, provavelmente nunca será resolvida e assim continuará por muito tempo. Não achar a solução correta e ficar frustrado com a solução adotada não nos levará a abandonar a busca — mas a continuar tentando. Sendo humanos, não podemos realizar a esperança, nem deixar de tê-la.

Assim sendo, a vontade de alcançar a segurança de uma forma mais próxima ao ideal, não deve ser descontinuada pelo mero fato de não ser possível alcançá-la de forma plena. E nesse sentido aprofunda-se a variável efetivo, tendo como arranque o entendimento do ex-secretário de Estado da Segurança Pública, Aramis Linhares Serpa, “O problema maior da segurança pública reside na defasagem de efetivo policial” (RIBEIRO, 2010, web). Na mesma linha de pensamento, afirma o vice-presidente do SINCLAPOL (Sindicato das Classes Policiais Cíveis do Estado do Paraná) Daniel Córtez (RPC, 2017, web):

Nós não temos investigadores para cuidar de investigações, porque hoje eles estão amarrados com presos. Não temos escrivães para dar continuidade a inquéritos. Não temos delegados para que continuem o serviço. Ou seja, nós estamos amarrados. Não tem o que fazer. Estamos fazendo milagre com o que nós temos.

Nilton Arruda presidente do SINPOL (Sindicato dos Policiais Cíveis), afirma:

Se você tem uma demanda de crimes que tem que ser apurados e investigados, você não faz isso devido ao seu baixo efetivo, não conclui os inquéritos e não gera mandados de prisão contra os criminosos. Isso incorre numa impunidade. (...) Às vezes você não tem policial suficiente nem pra fazer uma prisão no meio da rua. O mínimo necessário seria três policiais para um bandido. Às vezes não chega a ter três agentes de polícia numa delegacia no período da tarde devido ao baixo efetivo (BARRETO *et al.* 2019, web).

Tal relato ocorre tendo em vista que numa Delegacia de Polícia Civil o quadro de servidores fica designado a cumprir várias funções, tais como atendimento à população e produção de boletins de ocorrência, entrega de intimações, confecção de relatórios para a Autoridade Policial, cumprimento de mandados de prisão e auxílio aos cartórios de Inquérito Policial e Termo Circunstanciado. Os próprios agentes policiais exercem função de Escrivão em razão da demanda, havendo desvio de função. Com relação à temática, afirma Milanese (2006, p.7):

O fato de um funcionário público ou privado exercer funções diversas das previstas para o cargo que está investido pode acarretar diversas consequências, tanto de aspecto emocional quanto jurídica. O exercício de função diversa daquela



para o qual foi contratado poderá acarretar ao funcionário desestímulo e sentimento de inferioridade. Desestímulo por estar exercendo função afeta a outro cargo, principalmente se a remuneração do cargo cujas funções vêm desempenhando é maior. Já o sentimento de inferioridade decorre de o fato do funcionário considerar que seu cargo não tem importância, pois não lhe é imposto exercer as funções para o qual foi contratado.

Assim, se depreende que caso houvesse uma demanda maior de servidores lotados, esse desvio de função não ocorreria, possibilitando assim uma maior efetividade no cumprimento das atribuições específicas dos servidores e menores danos psicológicos àqueles que desempenham múltiplas funções.

E através de consultas a pesquisas e notícias veiculadas nos órgãos de imprensa, muito se fala de uma suposta “recomendação” da Organização das Nações Unidas - ONU a respeito de uma proporção de policiais por habitantes, no entanto de acordo com Nota Oficial do Secretário de Estado da Segurança Pública, Grubba (2015, web):

A Secretaria de Estado da Segurança Pública esclarece que a ONU (Organização das Nações Unidas) nunca fez quaisquer recomendações a seus estados-membros e também nunca divulgou estudo técnico referente a modelos de proporção de quantidade de policiais por habitantes. Essa afirmação é um mito, que vem sendo ao longo de anos divulgado e replicado sem qualquer base técnica ou científica. O parâmetro comumente utilizado por jornalistas, acadêmicos e mesmo órgãos de governo, referindo-se a uma proporção ideal de “1 policial para cada grupo de 250 habitantes” não tem qualquer fundamento nem respaldo técnico, logo, não é adotado pela Secretaria de Segurança Pública de Santa Catarina.

Em razão de não haver tal parâmetro de recomendação de servidores policiais, o que é erroneamente veiculado, Grubba (2015, web) explica o modelo adotado pelo Sistema de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina.

Cumpre-nos ratificar que o posicionamento da Secretaria de Segurança Pública de Santa Catarina sobre a matéria é o seguinte: Número de habitantes não pode ser variável única a ser considerada como critério técnico para definição de quantidades de efetivo policial. Realidades socioculturais devem ser avaliadas. Outros fatores devem ser balanceados, tais como: área geográfica, densidade demográfica, filosofia de policiamento implantada, incidência criminal, modalidades criminais praticadas e tecnologia disponível para o policiamento.

Com base nisso, apesar de ser uma das principais variáveis envolvidas na garantia de segurança pública, a questão do efetivo não possui uma padronização ou uma regulamentação taxativa de como deveria ser aplicada, o que é algo que ao pesquisar sobre a temática, evidencia a baila uma nova problemática abordando a subjetividade da análise de critérios.

3.1 Do descaso do Estado para com recursos materiais

O Estado, além de não proporcionar efetivo humano, ocasionando desvio de função e agravamento de problemas de cunho psicológicos, também falha em fornecer recursos materiais, conforme notícia abaixo:

No banheiro da delegacia de São Cristóvão só tem sabão e papel higiênico quando os próprios policiais compram os produtos. A situação é um reflexo da crise, que afeta também o estoque de papel ofício e de tinta da impressora da unidade. Na quarta-feira, o delegado Fernando Veloso havia anunciado uma série



de medidas para cortar custos, entre elas a redução no fornecimento de combustível, que abastecerá apenas um terço da frota. (WERNECK e OUCHANA, 2016, web)

Nesse mesmo sentido, existem diversos casos, como a matéria publicada no SFN Notícias (2017, web) apresenta: “Falta o básico para dar seguimento ao atendimento à população. Falta folha A4 para impressão de boletins de ocorrência, papel higiênico, material de limpeza e manutenção das viaturas. (...)”. Como também em Balneário Camboriú – Santa Catarina, onde o Delegado Márcio Collato, encaminhou ofício informando a Delegada Regional, pois desembolsou recursos do próprio bolso a fim de comprar materiais de higiene para uso na Delegacia (SUPERTI, 2013, web). Tal situação é vexatória e acomete diversas unidades policiais, onde muitas vezes os próprios agentes que já são mal remunerados, precisam gastar para assegurar que haja uma condição mínima, para si e para população em geral.

Desta forma, se evidenciando o descaso Estatal para com seus policiais, como esperar que houvesse de fato êxito na promoção da garantia de Segurança Pública, quando não existem mínimas condições básicas para o mantimento de uma estrutura digna para aqueles que devem operar tais funções.

3.2 Do descaso com as condições de ordem psíquica dos policiais

Considerando “estrutura policial” como não somente questões envolvendo recursos de efetivo humano e material, também são necessárias medidas que proporcionem suporte de cunho psicológico aos policiais, pois estes estão sujeitos a diversos riscos – de maneira mais frequente que outras profissões – diariamente e como garantir proteção de outrem, quando internamente não se está bem de saúde? Nesse sentido dados repassados ressaltam tal questão, assim como se extrai:

Cerca de 25% dos policiais militares são afastados do trabalho por problemas psicológicos, segundo a Associação dos Praças Policiais e Bombeiros Militares de Minas Gerais (Aspra-MG). Entre os policiais civis, o índice é ainda maior: 33%, de acordo com o Sindicato dos Policiais Civis de Minas Gerais (Sindpol). Isso significa que, em média, um a cada três agentes fica de licença médica por causa de transtornos decorrentes da profissão – as corporações não divulgam dados sobre o assunto sob a justificativa de não expor a vida íntima dos servidores (FONTES, L. 2018, web).

São dados preocupantes, pois além de haver um baixo efetivo de policiais, os que se encontram no exercício de suas funções, o “efetivo ativo”, estão sujeitos ao evidente afastamento por fatores de ordem psíquica, que poderiam ser evitados caso houvesse um acompanhamento psicológico mais abrangente e acessível a esses servidores. Em relação à acessibilidade, conforme entrevista com agente policial, este afirmou:

A polícia me virou as costas. Ninguém te apoia lá dentro. São pessoas indiferentes. Eu faço tratamento uma vez por semana. Pedi que me lotassem onde eram minhas consultas, mas isso não aconteceu. Não tive nenhum tipo de apoio da SSPDS. Pedi de joelhos que me transferissem de departamento, quando comecei a ser perseguido pelo delegado, mas eles viraram as costas”, disse o policial. Segundo o entrevistado, a dificuldade em encontrar o auxílio adequado influenciou para que ele cogitasse até mesmo o suicídio. “Pensei na morte algumas vezes. Consegui ser acompanhado em um Centro de Atenção Psicossocial (Caps). Com ajuda dos profissionais de lá e da minha família, consegui começar a lutar. Estou afastado há mais de 200 dias. Nesse meio tempo



tentei voltar, recomeçar, porque gosto muito do meu trabalho, mas sei que a recuperação é lenta. (MELO, 2018, web)

Evidencia-se assim, que além da dificuldade no acesso, outra problemática acomete os servidores, que é o assédio. E em detrimento dessas e outras variáveis, como estresse, depressão, ansiedade e demais fatores que afetam o emocional dos policiais, sem o devido tratamento, podem se agravar em cometimento de suicídio, conforme se evidencia:

Segundo o especialista em segurança pública Jorge Tassi, uma pesquisa da Universidade Estadual do Rio de Janeiro aponta que o índice de suicídio de policiais é sete vezes superior ao da população geral. De acordo com ele, a desagregação familiar é uma marca entre os profissionais. “O policial vive sob constante risco, precisa fazer bico, tem problema dentro de casa, não vê a mulher e os filhos. O nível de divórcio é alto”, destacou. (FONTES, L. 2018)

Em defesa ao afastamento de polícias devido aos transtornos de cunho psicológico, a polícia militar afirmou:

A PM afirma que tem um setor, o Serviço de Valorização Profissional (Sevap), que é subordinado ao Departamento Pessoal, para atender aos policiais com problemas psicológicos. No entanto, até a data de publicação desta reportagem, a corporação não passou os dados sobre atendimentos no setor, solicitados pelo G1 (MARQUES, 2013, web).

Tal ausência no fornecimento de dados pela corporação, algo evidente em diversas matérias acessadas, apenas demonstram a tentativa em dificultar e ocultar o descaso do governo para com o tratamento e acompanhamento daqueles que integram delegacias, quartéis.

Essas situações de descasos aparentam ser distante da nossa realidade local, mas tais situações de abuso foram objeto do Mandado de Segurança impetrado pelo SINPOL-SC (Sindicato dos Policiais Civis de Santa Catarina) em face da Delegada Regional de Polícia da 2ª Delegacia Regional de Polícia de Joinville, como se extrai dos Autos do Processo nº 0321774-26.2018.8.24.0038, onde foram evidenciadas as práticas abusivas cometidas em face dos policiais, tais como:

Obrigação ao cumprimento de jornada de trabalho muito superior ao previsto em lei, fugindo da previsão legal do art. 7º, XIII, da Constituição Federal e art. 81, §1º do Estatuto da Polícia Civil (Lei n. 6.843/86), os quais preveem jornada de trabalho de 40 horas semanais; violações de vários dispositivos presentes na Lei Estadual n. 16.774/2015 (lei do banco de horas), ao não serem homologadas as horas extras realizadas (ou homologadas de forma errônea), tampouco inseridas no sistema para fins de compensação com as horas negativas e em folgas; os policiais civis pertencentes à 2ª DRP de Joinville estão sendo privados, ainda, à vida e à dignidade, previstos no art. 5º da Constituição Federal, tendo em vista estarem sendo tolhidos do direito ao lazer, de terem uma vida social, eis que ficam diuturnamente de “sobreaviso” (não remunerado), aguardando serem convocados para operações policiais, inclusive aos finais de semana; a autoridade coatora tem escalado os policiais civis para cumprirem plantões e expediente administrativo, de forma ordinária, em unidades diversas da sua lotação, mesmo os policiais possuindo banco de horas positivo, o que vai de encontro ao previsto na Lei 16.774/2015.



Conforme acima colacionado, está em contrapartida ao previsto na Lei 16.774/2015 que garante no artigo 1º, inciso III: “direito ao repouso necessário para o restabelecimento das condições físicas e psíquicas do policial civil”. Ficando evidente que o psicológico desses servidores será prejudicado, podendo desenvolverem as mais diversas patologias psíquicas tais como síndrome de burn out, depressão, ansiedade e pânico que são recorrentes no meio policial, pois estes estão sendo sobrecarregados de forma abusiva e ilegal ao trabalho excessivo e tolhido a remuneração devida ou sua compensação pelos meios de banco de horas.

3.3 Do descaso e atribuição de custódia de presos aos policiais

Outra questão importante e problemática trata da estadia de presos em Delegacias de Polícia, como ocorre no Paraná. Conforme se extrai da matéria:

O secretário especial de Administração Penitenciária, coronel Élio de Oliveira Manoel, explicou que 37 delegacias em todo o Paraná, com 6.100 presos, receberão os novos agentes. O número total de presos nessas carceragens, entretanto, é de 11.200. “As delegacias que são sede da comarca, onde os policiais têm mais demanda, foram priorizadas. A ideia é realizar, também, a separação física dos presos do restante da delegacia”, explicou. (FONTES, G. 2018, web)

Tal circunstância agrava ainda mais o ambiente policial. O Estado omissivo na tomada de medidas para criar sistemas carcerários, apenas tomou a medida no sentido de abrir concurso público para agentes penitenciários, possibilitando que os agentes policiais possam dar continuidade em seus trabalhos investigativos e não sejam responsáveis pela guarda dos presos dentro das Delegacias de Polícia.

Isso quando a situação de descaso e horror na segurança pública não chegou a tal extremo de insustentabilidade. Um exemplo é o que ocorre no Rio Grande do Sul, onde a custódia dos presos, não é nem ao mínimo nas celas das delegacias e sim nas próprias viaturas policiais, como se denota:

As delegacias de plantão de Porto Alegre voltam a acumular presos em viaturas. Na noite deste domingo (21), até as 18h30, eram 12 detentos em carros policiais em frente ao Palácio da Polícia, onde fica a 2ª Delegacia de Polícia de Pronto-Atendimento (DPPA). Ao menos três deles relataram estar nessa situação há cinco dias. Nas celas do prédio, estavam outros nove presos (LEITE, 2019, web).

Isso viola não somente os direitos dos presos, como também amarra a custódia desses pelos agentes policiais, que não conseguirão exercer suas funções, pois lhe foram atribuídas uma nova, de custódia desses presos, em razão da própria falha do sistema prisional. E não sendo uma questão recente, como se extrai:

Esta não é uma situação nova, ela se repete há alguns anos e traz prejuízos não só à BM [Brigada Militar], mas também à PC [Polícia Civil] e à Susepe. Acabamos nos envolvendo em funções que não são nossas. Mas fazemos num sentido de parceria para tentar amenizar o problema (LEITE, 2019, web).

Essa situação transcende a questão de segurança pública, é uma questão de humanidade. É inconcebível que algo assim venha “ocorrendo há anos” e que o Estado, nesse meio tempo, não tenha tomado medidas que garantam a integridade dessas pessoas, que mesmo presas merecem ter suas garantias, bem como também não haja a



vinculação dos policiais a uma atribuição que não lhes é própria, impedindo que possam fazer o que de fato devem e não apenas “estancar” temporariamente as falhas do Estado.

3.4 Da delegação de competência e insegurança

Outra problemática que pode ser levantada se relaciona a delegação de função existente na Polícia Civil, como por exemplo, para função de Escrivão de Polícia. A falta de efetivo somada ao Estado, que evita a abertura de concursos públicos, faz com que haja a contratação de estagiários - ou seja, mão de obra barata - posteriormente nomeados escrivães *Ad Hoc*, sem que sejam competentes para tanto. Barddal Presidente do SINCLAPOL (Sindicato das Classes Policiais Civas do Estado do Paraná), afirma:

“Isso deixa nítido como o quadro da Polícia Civil está defasado”, destaca Fabio Barddal, presidente do Sinclapol (Sindicato das Classes Policiais Civas do Estado do Paraná). Estudantes de direito e estagiários não deveriam assumir funções de escrivães concursados, devido à peculiaridade das atividades da Polícia Civil, conforme explica o presidente (FLEISCHMANN, 2018, web).

Apesar de se tratar de uma oportunidade única para esses estagiários, por mais competentes que sejam não possuem a preparação adequada para as variáveis que possam ocorrer no exercício da função, que por mais que aparentemente seja cartorária, envolve diversos riscos seja dentro das instituições policiais, ou até mesmo na coleta de oitivas de apenados em instituições prisionais. As falhas destes que exercem a função por meio de delegação, pode ocasionar ferimento aos direitos de outrem, e caso haja, sua responsabilização não se dará nos mesmos moldes que de um servidor concursado. Fora o risco com a própria integridade em razão da função exercida.

4. DOS LEVANTAMENTOS DE DADOS

Para fins de uma melhor compreensão do contraste desproporcional entre as polícias, bem como a apresentação da realidade em números será demonstrada, através de informações repassadas pela Secretária de Segurança Pública, por meio da Ouvidoria Geral do Estado, a situação atual de efetivo nas polícias Civas e Militares.

Também serão apresentados dados que foram obtidos e divulgados pela Secretaria de Segurança Pública (SSP) em parceria com Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Anuário de Segurança Pública do ano de 2016.

4.1 Dados referentes ao efetivo policial

No mês de março de 2019, de acordo com Márcio Fortkamp da Ouvidoria da Secretaria de Segurança Pública, em informe ao Autor do artigo em questão, um levantamento em análises dos sistemas de Recursos Humanos da polícia civil e militar foi realizado e constatado o efetivo fixo de 10.156 (dez mil cento e cinquenta e seis) policiais militares e 3.455 (três mil e quatrocentos e cinquenta e cinco) policiais civis no Estado de Santa Catarina. Conforme se extrai da figura abaixo:



Figura 01:

Sistema Eletrônico de Ouvidoria :: Resposta da Ouvidoria Geral do Estado16:26:36

Sistema Eletronico de Ouvidoria <no-reply@ciasc.sc.gov.br>

Qua, 17/04/2019 17:26

Para: Lucas Nicolas S. Gallotti <Lucasnicolas@live.com>

Atendimento: 2019007782

Data: 17 de Abril de 2019

Prezado(a) Cidadão(ã),

Desde já agradecemos seu contato junto a esta Ouvidoria.

Em atenção a reivindicação formulada no atendimento n° 2019007782, informamos que:

Resposta: -- 17/04/2019 14:05

SC::OGE::SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Por: Márcio Fortkamp

Prezado,

O efetivo da ativa da Polícia Militar de Santa Catarina é 10.156.

O efetivo ativo da Polícia Civil de Santa Catarina é 3.455.

Esses dados foram extraídos dos sistemas de RH das referidas Instituições em março de 2019.

Atenciosamente,

Ouvidoria SSP

Fonte: Ouvidoria Geral do Estado - Secretaria de Segurança Pública em resposta ao autor (2019, adaptado).

Vale ressaltar que a extensão do estado supracitado, detém de acordo com site DBCITY (2019, web). Santa Catarina conta com 295 (duzentos e noventa e cinco) municípios e com base no IBGE Cidades, teria uma estimativa total de 7.075.494 (sete milhões, setenta e cinco mil, quatrocentos e noventa e quatro) habitantes no de 2018. Como o parâmetro de recomendação propagado a respeito de número de servidores para número de habitantes é inexistente, seria indevido fazer a proporção e julgar o dado acima nesse sentido.

No entanto, acolhendo o caso da Polícia Civil, denota-se que, com menos de 4.000 (quatro mil) policiais civis para um estado como Santa Catarina é evidente a necessidade de mais servidores. E em análise a níveis macro, observando o efetivo no país como um todo, se depreende a evidente diferença, conforme dados divulgados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016, web) há uma diferença de 157.898 (cento e cinquenta e sete mil e oitocentos e noventa e oito) servidores, o que contribui para a falha encontrada nas corporações policiais e favorece a criminalidade de modo indireto.

4.2 Dados de percepção social em relação à condição de trabalho policial

No tocante à percepção da sociedade com relação à situação dos policiais, conforme apurado pela pesquisa abaixo feita pela SSP em parceria com IBGE, dos 100 (cem) entrevistados, 63 (sessenta e três) acreditam que de fato os policiais não possuem boas condições de trabalho.



Figura 02:

Grau de concordância com a afirmação "Os policiais brasileiros têm boas condições de trabalho", por sexo, idade, escolaridade, renda familiar, região de residência, natureza e porte do município e número de habitantes

População brasileira

Os policiais brasileiros têm boas condições de trabalho		Em porcentagem			
		Concorda	Não concorda, nem discorda	Discorda	Não sabe
Total		29	5	63	3
Se					
Idade	25 a 34 anos	27	4	66	3
	35 a 44 anos	26	5	66	3
	45 a 59 anos	25	6	66	3
	60 anos ou mais	33	7	54	6
Escolaridade	Fundamental	36	6	52	6
	Médio	29	5	64	2
	Superior	16	4	79	1
Renda familiar mensal	Até 5 S.M.	31	5	61	3
	Mais de 5 a 10 S.M.	19	4	75	2
	Mais de 10 S.M.	9	2	88	-
Região do país	Sudeste	27	4	66	3
	Sul	22	9	63	6
	Nordeste	33	3	61	3
	Centro-Oeste	36	12	50	2
Natureza do município	Norte	32	5	59	5
	Região Metropolitana	24	6	67	3
Porte do município	Interior	32	4	59	4
	Até 50 mil habitantes	36	5	55	4
	Mais de 50 a 200 mil	33	4	58	4
	Mais de 200 a 500 mil	22	4	72	3
Número de habitantes	Mais de 500 mil habitantes	23	6	68	2
	Municípios com menos de 100 mil habitantes	35	5	56	4
	Municípios com mais de 100 mil habitantes	23	5	69	3

Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública; Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Datafolha; Agosto de 2016.

Assim, tal dado se mostra de extrema relevância para fins de avaliar, sob a óptica de quem não está inserido no ramo policial e que ao mesmo tempo depende dele. Sendo que conforme restou comprovado na pesquisa 63% dos entrevistados compreendem que de fato os policiais não dispõem de boas condições de trabalho, o que por lógica afeta o desempenho da profissão e até mesmo a segurança daqueles que estes devem proteger.

5. BREVE ANÁLISE DO PROJETO LEGISLATIVO 391/2015 REFERENTE AO EFETIVO POLICIAL

Apesar de atualmente não existir proposta de tramitação do gênero, houve uma tentativa por meio de iniciativa do Senador Wilder de Moraes (PP-GO), com a propositura do Projeto de Lei 391/2015, que era pautado em percentual mínimo e capacitação, com a seguinte justificativa:

Pelo texto da proposta, todos os estados e o Distrito Federal (DF) terão um policial em atividade para cada 300 habitantes, somando-se os efetivos das Polícias Civil e Militar e tendo como base o censo atualizado do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O projeto define que no mínimo 80% do efetivo da Polícia Civil de cada unidade federativa serão empregados em atividades de investigação. Já a Polícia Militar, segundo a matéria, terá 80% dos profissionais disponíveis, de cada estado e o DF, empregados nas atividades de policiamento ostensivo, com



foco no policiamento comunitário ou de proximidade. Parte desses policiais, no mínimo 10%, será destinada ao policiamento rural. (BRASIL, 2018, web).

O Senador Wilder ainda afirma:

Não adianta aumentar o número de policiais, se não há dedicação, treinamento, remuneração e equipamento. Além disso, o efetivo policial é apenas uma das inúmeras variáveis que afetam a segurança pública. O projeto prevê ainda que os policiais civis e militares deverão praticar, no mínimo, quatro horas semanais de atividade física, distribuídas em, pelo menos, dois dias da semana. A intenção é contribuir tanto para o preparo físico do policial quanto para a sua saúde mental e para redução do estresse. (BRASIL, 2018, web).

Tal projeto foi encerrado de acordo com o disposto no art. 332, inc II do Regimento Interno do Senado Federal em razão do proponente não ter se reeleito. Caso este fosse aprovado, poderia ter sido viabilizado uma maneira padronizada e não tão subjetiva a interesses políticos, bem como ainda prevê medidas que melhorem o desempenho físico dos agentes que é algo inexistente no modelo atual, o condicionamento físico só é avaliado para o ingresso e depois não é avaliado. O estudo do caso em questão é a comprovação do descaso do Estado em relação à segurança pública.

6. ESTUDO DE POSSÍVEIS REFORMAS NA ESTRUTURA DAS CORPORações POLICIAIS

E, para fins de aumentar a promoção de Segurança Pública por meio da atuação policial, existem entendimentos que vão de encontro com a ideia de reestruturação do modelo vigente. Segundo Silva (2016, p. 151), especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte:

(...) Sabe-se que as mudanças introduzidas na organização policial podem ocorrer em três diferentes dimensões: no plano macro, quando atingem grandes proporções, inaugurando um novo modelo de organização da instituição policial, envolvendo necessariamente um processo político que resulta em lei (no caso do Brasil, esse processo deve resultar em uma reforma constitucional); no plano médio, quando pretendem regular a atividade policial em conformidade com as regras que orientam a vida em sociedade; e, por último, no plano micro, quando as mudanças envolvem a conduta individual do policial e a preocupação com sua educação e profissionalização.

Nesse sentido, uma mudança que permeia o meio acadêmico e o legislativo, seria a respeito de uma eventual unificação das polícias civil e militar, assim atingindo a supracitada dimensão de “plano macro” mencionada por Silva (2016), para fins do que se acredita ser uma “compatibilidade com os preceitos democráticos”, visto que muitos encaram a violência proferida pela polícia militar como fruto da Militarização e tendo também a análise de controle de gastos, já que não haveria a necessidade de duplicidade. Ainda, defensores acreditam que a unificação levaria a um “maior controle da segurança pública”. Nessa linha, afirma Azevedo (2016, p. 19), líder do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC), membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública:

De qualquer forma. Há um descontentamento generalizado à estrutura policial vigente, pelos problemas de relacionamento entre as instituições, duplicação de gastos e estruturas, incompatibilidade com o desenvolvimento de uma polícia moderna.

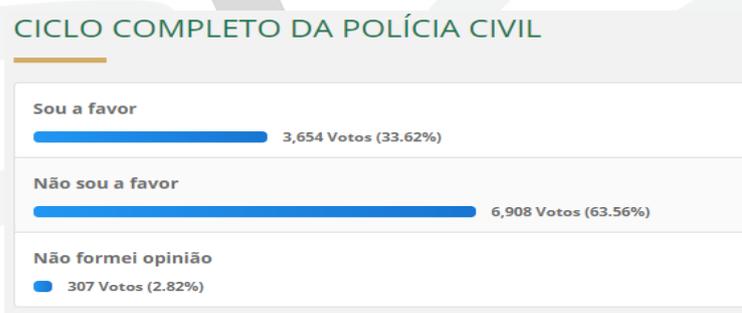


E em face desse descontentamento, houve a proposta de Emenda a Constituição 430/09, que visava à unificação das polícias, sendo que o autor Deputado Celso Russumano do PP-SP, assim afirma:

(...) ainda verificamos a sobreposição de atuação, duplicidade de estrutura física e uma verdadeira desorganização no que concerne ao emprego da força de cada uma das instituições, em face de comandos distintos que, muitas das vezes, ao invés do trabalho integrado, acabam por disputar espaço. O propósito do projeto é unificar as polícias Civil e Militar. (LISBOA e AMORIM, 2010, web)

Em contrapartida a esse posicionamento de unificação das polícias, uma pesquisa feita eletronicamente pela COBRAPOL (Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis), contabilizou 10.879 (dez mil e oitocentos e sessenta e nove) votos, sendo que de acordo com o dado 63,56% não são favoráveis a uma reforma legislativa nesse sentido, a fim de trazer o ciclo completo da polícia (unificação para um sistema único), conforme se extrai da figura abaixo:

Figura 03:



Fonte: COBRAPOL - Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis.

E, apesar de haver esse interesse na unificação no bojo acadêmico, no que pese aos policiais civis, estes com base na pesquisa acima, em maioria se mostram contra essa possível “solução”. Nesse sentido, conforme o Presidente da COBRAPOL, André Luiz Gutierrez, a respeito da temática afirmou que o problema da Segurança Pública é a falta de estrutura, mas discorda de qualquer mudança nas funções (por meio da unificação das polícias) e duvida da efetividade. E assim continuou:

É unificação do efetivo em uma polícia só, não haverá aumento de efetivo. (...) Quem se dedica a várias coisas ao mesmo tempo não vai fazer nenhuma delas direito. Então, se a Polícia Militar quer prevenir o crime, ela que faça um trabalho de excelência no policiamento ostensivo e na prevenção (CRUZ, 2018, web)

Para ele, a solução está na melhoria das condições de trabalho. "Se derem estrutura para que a Polícia Civil e Militar façam o seu trabalho de excelência a coisa vai melhorar", finalizou.

Uma análise de prós e contras feita pelo Deputado João Campos (PSDB-GO), Delegado de Polícia nos anos 1991 e 1992), no qual afirma:

A vantagem seria a unificação do planejamento, do comando, da estrutura, das diretrizes e da formação. Entretanto, as desvantagens passam por um menor controle uma vez que grandes estruturas dificultam os mecanismos de



acompanhamento tanto por parte da gestão quanto da operacionalidade. Além disso, cita que o Estado ficaria quase refém dessa única força pelo seu gigante aparato sindical, e a sociedade, diante de uma greve policial, ficaria desprotegida, já que não contaria com a cobertura de outras polícias. (LISBOA e AMORIM, 2010, web)

E após análise de pós e contras esse finaliza: “Em qualquer sistema, seja com Polícia Única ou com diversas polícias, o ponto crucial é a ausência de financiamento definido e investimentos constantes, além de boa gestão. Na verdade, é isso que falta ao nosso sistema policial e não a mudança do sistema”.

Indo de encontro com o entendimento do atual Presidente do Brasil, que com relação à temática já se posicionou dizendo: “Quer minha opinião? Sou contra”. Ele também aponta para o fator da greve e cita o exemplo da Polícia Civil do Distrito Federal, que ficou paralisada de 4 a 18 de dezembro. “Se fosse uma Polícia Única estaria todo mundo em greve. Essa ideia de achar que desmilitarizando se vai melhorar a segurança pública é apenas discurso” (LISBOA e AMORIM, 2010, web).

E conforme entendimentos colacionados, para que as questões de segurança sejam melhoradas de fato, é preciso que o Estado forneça meios de aprimorar a estrutura policial vigente, pois não há consenso ou posicionamento majoritário, existe entendimento para ambos os lados quando o assunto é unificação das polícias, assim entende-se que o modelo atual ainda irá perdurar e está longe de passar por uma reforma brusca de “plano macro”.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O artigo em questão resulta de experiência tida pelo Autor, fornecida por meio da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, onde por meio de parceria com o programa Novos Valores, foi realizado estágio em um período de 2 (dois) anos em Órgão de Segurança Pública, na antiga 8ª e atual 3ª Delegacia de Polícia Civil de Joinville/SC, onde os questionamentos referentes a temática iniciaram.

Em seu teor metodológico, trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, sendo que para Oliveira (2011), uma pesquisa qualitativa exige um processo de reflexão e análise da realidade, por meio de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo, seja em seu contexto histórico ou segundo sua estruturação.

Para efetuação do artigo, o método considerado mais simples e adequado à graduação foi o dedutivo, partindo da conceituação exaurida por Gil (2018, p. 37), o qual afirma: “não pode ser encarada como uma verdade absoluta, mas como a explicação de uma realidade tornada real pelos sujeitos da pesquisa”. Assim, por mais que sejam evidenciadas vertentes do problema na estruturação policial, não se pode chegar a uma verdade absoluta, mas o autor pode fazer apontamentos para contribuir em suas conclusões.

E as técnicas utilizadas foram duas, sendo: Bibliográfica que tanto para Gil (2018) quanto para Lakatos e Marconi (2001), possuem a vantagem de permitir que o investigador tenha uma gama de fenômenos mais ampla que a pesquisa realizada de maneira direta - onde foram analisadas referências para embasamento teórico do assunto em livros, jornais, revistas, internet, artigos. E documental, conforme Santos (2000) por ter sido realizada em fontes como tabelas estatísticas, relatórios, obras originais de qualquer natureza, sendo assim elencados pelo autor dados que foram frutos da própria pesquisa e do interesse deste com resultados que refletissem a realidade fática mais atual o possível.



ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O presente artigo discorre a respeito das questões envolvendo as problemáticas encontradas no ramo policial, no tocante a estruturação, seja ela na forma material ou humana, até mesmo abrangendo as questões de ordem biopsicossocial, analisando e enfatizando assim os pontos-chaves do descaso de medidas Estatais, que poderiam ser desde soluções de aumento de investimento que possam fornecer condições básicas nas estruturas policiais, como também em planos: macro, médio ou micro. E que pudessem viabilizar uma melhora significativa no modelo de segurança pública vigente.

Ademais, conforme se demonstrou, o parâmetro que é erroneamente repassado, tanto no meio acadêmico e midiático que haveria uma “recomendação da ONU para distribuição de quadro de servidores policiais”, é improcedente. E que a fórmula utilizada, é na realidade a consideração de diversos fatores que não estão pré-estabelecidos por Lei, variando da “necessidade local”, porém sendo subjetivo e passível de interesses políticos, possibilitando até um fomento da corrupção.

Valendo-se ressaltar que há uma premissa que beira ao contraditório, pois o Estado não investe em estruturação, bem como não assegura uma remuneração adequada, não aumenta o efetivo, não cria sistema carcerário para custodiar os presos, não assegura um tratamento psicológico adequado, não exige avaliações físicas periódicas e sua legislação ao mesmo tempo veda a custódia de presos em delegacias ou a “custódia” desumana nas viaturas policiais, veda delegação de função, veda os chamados “bicos” por meio da dedicação exclusiva. Sendo que o Estado age contra as garantias que ele fornece.

E a sensação que se demonstra é a carga que carrega o policial, fardado ou não, conforme se é possível retirar de diversas matérias, mas que pode ser evidenciado na fala do PM, Luciano, que destaca:

“Ninguém gosta de você, só seu cachorro”. As pessoas esquecem que o ser humano erra várias vezes, mas o policial não pode errar. “Enquanto todo mundo corre do perigo, a gente corre em direção a ele”, confidenciou. (FONTES, L. 2018, web)

Nesse sentido da sensação de desmotivação e infelicidade que as falhas com o ramo ocasionam, conforme relatou outro policial:

Vivemos no fio da navalha. Quando o policial acerta, ninguém lembra, até porque fomos 'mal treinados' para acertar, somente acertar. Fazemos o nosso trabalho por amor à profissão, se fosse só pelo salário, a Bahia estaria entregue ao tráfico. Matamos um leão por dia e por falta de apoio existe essa instabilidade. Hoje, a tropa é omissa por não ter o apoio e o reconhecimento devido. Isso sim gera instabilidade. (MARQUES, 2013, web)

Com base no estudo, verificou-se que esses policiais que apesar de serem constantemente desumanizados no meio acadêmico e midiático, são passíveis de erros estando ainda mais sujeitos a essa possibilidade, em razão do despreparo, da desestrutura, da ausência de acompanhamento físico e psicológico, ocasionados pelo Estado. E por essas questões merecem maior tutela estatal, para que possam de fato garantir os preceitos fundamentais, sociais elencados na constituição e que possam fornecer não só uma “sensação de segurança”, mas também de confiança aos demais membros da sociedade.



CONCLUSÃO

A presente pesquisa não esgotou a temática, mas comprova a relevância de discussão do tema e suas possíveis vertentes. Nunca se almejou trazer uma solução concreta para a problemática de desestruturação policial, mas sim evidenciar algumas das principais questões falhas que ocorrem no sistema e como há uma contribuição omissa da parte Estatal.

Os dados apresentados reforçam por meio de opiniões e estatísticas, que a realidade policial é extremamente penosa, não só pelas características próprias da profissão, mas também da situação a qual estão sujeitos pela gestão, sendo assim um preconceito daqueles que apenas apontam erros na atuação, tendo em vista que a crítica em si para com estes é algo rotineiro no assentamento, nas academias de direito, na mídia e na internet. No entanto, quem de fato é culpado pela falha sistêmica é aquele que deveria proporcionar a Segurança Pública, ou seja, o Estado, e não somente os membros da força policial ou aqueles que administram as academias de polícia. Se o ramo policial fosse apenas seus estigmas de ser um ramo falho, moroso e violento em suas abordagens, seria necessário que fossem compreendidas as razões disto e repensado a forma com que se vem atuando, buscando mudanças que proporcionem uma melhora de fato significativa.

Assim, ao despir-se dos preconceitos, verificou-se que o efetivo policial ao qual normalmente se acredita ser o único problema, não é única razão associada à problemática de insegurança, bem como não possui ao menos um parâmetro para estabelecer qual seria a proporção de um efetivo ideal por localidade. Ademais, fatores tais sejam os de caráter psíquico, material e desvio de função incorrem também indiretamente no comprometimento da incolumidade pública.

A temática na qual foi de fato trabalhada e evidenciada, demonstrou que a ausência de medidas estatais, seja na disponibilização de recursos humanos, materiais e de acompanhamento profissional psicológico, desfavorece a situação de todos os membros deste seguimento e assim sucessivamente expõem a sociedade a diversos problemas, seja em uma maior morosidade e uma menor resolução das investigações e procedimentos que tramitam nas delegacias, a uma maior probabilidade de violência nas atuações policiais devido a questões de cunho psicológico não tratadas e também no aumento no índice de suicídio entre aqueles que escolhem a carreira por tamanha pressão e risco com a qual estão sujeitos.

E, com a proposta de trazer a baila tal questão envolvendo a Segurança Pública, espera-se que não somente hajam mais trabalhos nesse sentido, como também seja amplificada a visão dos demais colegas do ramo jurídico a respeito dos problemas enfrentados por aqueles que tem maior exposição ao risco de perderem suas vidas.

Desta forma, é possível extrair desse artigo que a má-gestão do Estado para com a Segurança Pública no que tange a polícia acaba por fomentar a insegurança existente, sendo necessário que mais soluções e estratégias sejam apresentadas aos problemas enfrentados na realidade policial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Julianne *et al.* G1-RIO GRANDE DO NORTE. “**Relatório Aponta RN como quinto menor efetivo de Policiais Civis do País**”. Rio Grande do Norte. Fevereiro de 2019. Disponível em:



<<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2019/02/14/relatorio-aponta-rn-com-o-quinco-menor-efetivo-de-policiais-civis-do-pais.ghtml>>. Acesso em 12 de abril de 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade. A busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BRASIL. BRASILEIRA, **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. “**Proposta determina número mínimo de policiais em atividade por habitante**”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/26/proposta-determina-numero-minimo-de-policiais-em-atividade-por-habitante>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL. “**Projeto de Lei do Senado nº 391 de 2015**”. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121970>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “**Ação Direita de Inconstitucionalidade**”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201359>>. Acesso em 16 de Abril de 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “**Recurso Extraordinário com Agravo 654.432 Goiás**”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>> Acesso em 15 de Abril de 2019.

COBRAPOL. Disponível em: <<http://cobrapol.org.br>>. Acesso em 13 de Abril de 2019.

CRUZ, Carolina. DESTAK JORNAL. “**Na pauta do Senado, unificação das polícias gera questionamentos**”. São Paulo. Julho de 2018. Disponível em: <<https://www.destakjornal.com.br/brasil/politica/detalhe/na-pauta-do-senado-unificacao-das-policias-acumula-questionamentos>> Acesso em: 01 de Junho de 2019.

DBCITY. Disponível em: <<https://pt.db-city.com/Brasil--Santa-Catarina>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

FLEISCHMANN, Isabela. FOLHA DE LONDRINA. “**Estagiários Fazem Trabalho De Escrivães Em Delegacias Do Paraná**”. Paraná. Junho de 2018. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/geral/estagiarios-fazem-trabalho-de-escrivaes-em-delegacias-do-parana-1009596.html>>. Acesso em 01 Junho de 2019.

FONTES, Giulia. GAZETA DO POVO. “**Agentes penitenciários substituem policiais civis na guarda de presos em 37 delegacias**”. Paraná. Novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/parana/agentes-penitenciarios-substituem-policiais-civis-na-guarda-de-presos-em-37-delegacias-c7u2zngl96dfyenr6ojodj1zs>>. Acesso em 01 de Junho de 2019.



FONTES, Letícia. O TEMPO. “**Transtorno psicológico afasta um a cada três policiais em MG**”. Minas Gerais. Junho de 2018. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/transtorno-psicol%C3%B3gico-afasta-um-a-cada-tr%C3%AAs-policiais-em-mg-1.1857826>>. Acesso em 1 de Junho de 2019.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. “**Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**”, 10 ed. Pinheiros - São Paulo. 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRUBBA, Cesar Augusto. **PORTAL DE SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DE SANTA CATARINA**. Disponível em: <http://portal.ssp.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1601:nota-oficial&catid=94:novas-noticias-1&Itemid=154>. Acesso em 15 de Abril de 2019.

IBGE CIDADES. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos metodologia científica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEITE, Josmar. G1-RIO GRANDE DO SUL. “**Presos voltam a passar dias algemados em viaturas em frente a delegacias de Porto Alegre**”. Rio Grande do Sul. Abril de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/04/21/presos-voltam-a-passar-dias-algemados-em-viaturas-em-frente-a-delegacias-de-porto-alegre.ghtml>> Acesso em: 3 de Junho de 2019.

LENZA, PEDRO. “**Princípio Constitucional da Felicidade**”. São Paulo, agosto de 2009, Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/principio-constitucional-da-felicidade/4502>>. Acesso em 16 de Abril de 2019.

LEVITT, Steven D. **Freakonomics**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de (Orgs.). **Crime, polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

LISBOA, Edgar e AMORIM, Pedro. JORNAL DO COMÉRCIO. **PEC propõe a unificação das polícias civil e militar**. Brasília, 2010. Rio Grande do Sul. Janeiro de 2010. Disponível em: <<https://www.jornaldocomercio.com/site/noticia.php?codn=17887>> Acesso em 14 de Abril de 2019.

MARQUES, Lílian. G1-BAHIA. “**Equilíbrio emocional é desafio de policiais no dia a dia, afirma PM**”. Bahia. Agosto de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2013/08/equilibrio-emocional-e-desafio-de-policiais-no-dia-dia-afirma-pm.html>>. Acesso em 3 de Junho de 2019.



MILANESE, Andre Borges. **O desvio de função nos cargos da polícia civil catarinense**. Santa Catarina. 2006. Disponível em: <http://www.acadepol.sc.gov.br/index.php/processos-seletivos/doc_view/17-o-desvio-de-funcao-nos-cargos-da-policia-civil-catarinense>

MELO, Emanoela Campelo de. DIÁRIO DO NORDESTE, “**Assistência psicológica para policiais sofre com precarização**”. Ceará. Novembro de 2018. Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/seguranca/assistencia-psicologica-para-policiais-sofre-com-precarizacao-1.2021333>> Acesso em: 01 de Junho de 2019

NEVES, Antônio Márcio Campos. **Boletins de Ocorrência Lavrados pela PM. Quem ganha com isso?** Santa Catarina. Disponível em: <http://www.acadepol.sc.gov.br/index.php/processos-seletivos/doc_details/15-boletim-de-ocorrencia-lavrados-pela-pm-quem-ganha-com-isso?tmpl=component> Acesso em: em 14 de Abril 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controversas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WERNECK, Antonio e OUCHANA, Giselle. OGLOBO. “**Por causa da crise, faltam sabão e até papel higiênico nas delegacias do Rio**”. Rio de Janeiro. Abril de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/por-causa-da-crise-faltam-sabao-ate-papel-higienico-nas-delegacias-do-rio-19041808>>. Acesso em 03 de Junho de 2019

OLIVEIRA, M. F. **Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração**. Catalão: UFG, 2011.

RIBEIRO, Diego. GAZETA DO POVO. “**O maior problema da segurança é a falta de policiais**”. Paraná. Maio de 2010. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/o-maior-problema-da-seguranca-e-a-falta-de-policiais-1v70i30ng05qeo18edcmxtn4e>>. Acesso em 16 de Abril de 2019.

RPC, G1-PARANÁ. “**Falta de Policiais Civis Prejudica Investigações Criminais no Paraná diz Sindicato**”. Paraná. Setembro de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/falta-de-policiais-civis-prejudica-investigacoes-criminais-no-parana-diz-sindicato.ghtml>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

SANTOS, Antonio Raimundo dos. **Metodologia Científica: a construção do conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

SFNOTÍCIAS. “**Delegacias do Interior Enfrentam Problemas e Necessitam de Doações**”. Rio de Janeiro. Dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.sfnoticias.com.br/delegacias-do-interior-enfrentam-problemas-e-necessitam-de-doacoes>>. Acesso em 1 de Junho de 2019



SILVA, Gabriela Galiza e. **“A Polícia na Constituição Federal de 1988: Apontamentos sobre a Manutenção de um Órgão Militarizado de Policiamento e a sua Incompatibilidade com a Ordem Democrática Vigente no Brasil”**. 2016. 24f. Artigo, Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo v. 10.

SOUZA, LAF., org. **Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP [online]**. São Paulo: Editora UNESP: São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

SUPERTI, Carla. **“Falta papel higiênico na delegacia de Balneário Camboriú”**. Setembro de 2013. Disponível em: <<https://ndmais.com.br/noticias/falta-papel-higienico-na-delegacia-de-balneario-camboriu>>. Acesso em: 13 de Abril de 2019.

SZABÓ, Ilona, RISSO, Melina. **Segurança pública para virar o jogo**. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537817896/>>. Acesso em 15 de Abril de 2019.



A MULHER NO SISTEMA PRISIONAL: PERSPECTIVAS DE RESSOCIALIZAÇÃO

Maria Paula Ferreira ¹
José Edilson da Cunha Fontenelle Neto²

Resumo: O presente trabalho tem como objeto realizar uma apreciação da perspectiva vivida por mulheres encarceradas no Brasil, o que está garantido para elas na lei e compreender a influência do cumprimento dessas garantias na reinserção social da mulher. Este estudo é importante para analisar a situação na qual as mulheres no cárcere vivem, qual suporte lhes é dado e a influência dessa assistência na sua ressocialização. O principal problema em relação a este assunto é a estrutura precária das penitenciárias e presídios que prejudicam a coexistência com as necessidades primárias da pessoa para um cumprimento de pena digna. O objetivo geral consiste em analisar os preceitos legais e a realidade carcerária e, dessa forma, debater a possibilidade de ressocialização da mulher encarcerada no contexto carcerário atual. Trata-se de uma pesquisa que utiliza o método dedutivo e com abordagem qualitativa, sendo a técnica utilizada é pesquisa bibliográfica. O resultado da pesquisa encontrou um desequilíbrio entre a aplicação legal das garantias devidas às mulheres encarceradas e a realidade do ambiente prisional no qual elas estão inseridas, prejudicando-as em circunstâncias básicas e essenciais para uma vida no cárcere e, posteriormente, fora dele.

Palavras-chave: Mulher. Ambiente Prisional. Ressocialização.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro vive uma crise que vem sendo potencializada nos últimos anos pelo incremento nos índices de violência e criminalidade e agravada pela tendência às penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça, conforme destaca Rolim (2003). É importante destacar que essa crise, que se configura para além de uma questão de segurança pública, interpela diretamente os operadores do direito para uma análise crítica da situação considerando as questões históricas da organização social do país atravessadas por aspectos culturais, sociais e econômicos que em muitos casos culminam na fragilidade da garantia de direitos.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) em suas duas últimas edições, 2014 e 2018 (BRASIL, 2014; 2018) colocou em destaque dados específicos sobre a população feminina no sistema prisional, dando visibilidade a uma população historicamente esquecida e demarcando a importância de uma análise que contemple as diferenças de gênero no processo de encarceramento e as legislações atuais relacionadas a esta seara.

Levando em conta tal panorama, este estudo visa analisar a situação das mulheres encarceradas, o suporte que lhes é dado e a influência dessa assistência na sua ressocialização a partir dos mecanismos legais.

Para tanto, realizou-se uma análise do contexto no qual as mulheres estão inseridas, a partir das questões sociais estabelecidas nestes dois últimos e únicos levantamentos específicos sobre a situação das mulheres no sistema prisional brasileiro, juntamente com a apreciação de legislações como a Lei de Execução Penal (LEP), o Código Penal (CP), o Código de Processo Penal (CPP), a portaria ministerial 210/2014 que trata a da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, as Regras de Bangkok, a Constituição

1. Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e Pós-Graduada em Direito Digital, Inovação e Novas Tecnologias pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogada. E-mail: mariapferr@gmail.com.

2. Professor Mestre da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Advogado. E-mail: jedneto2@hotmail.com



Federal e os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Mulheres (Infopen Mulheres) de 2014 e 2018 para avaliar a possibilidade de ressocialização da mulher encarcerada.

O trabalho está organizado de acordo com os objetivos apresentados anteriormente, abordando inicialmente o ambiente legal que demonstra as normas que garantem as condições mínimas para as mulheres encarceradas; o ambiente prisional real que apresenta o perfil das mulheres encarceradas e o contexto da situação de aprisionamento feminino, abarcando dados gerais e da infraestrutura e; o impacto do cárcere na ressocialização que apresenta o contexto da assistência para avaliar as perspectivas de ressocialização. Em seguida, é demonstrada a metodologia utilizada; a análise e discussões do resultado e; por fim, resta alcançada as considerações finais a respeito do tema.

1. O AMBIENTE PRISIONAL LEGAL

A legislação brasileira possui ampla preservação dos direitos e garantias das mulheres encarceradas. Dessa maneira, diversos mecanismos legais como o Código Penal, o Código de Processo Penal (CPP), a Lei de Execução Penal (LEP), tratados internacionais e a própria Constituição Federal abarcam aspectos importantes para exercer um tratamento digno durante o cumprimento da pena.

Sendo assim, a Carta Magna expõe um valoroso critério assegurado aos presos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL, 1988).

Ora, por respeito à integridade física e moral entende-se que deve haver condições razoáveis para a vivência no cárcere, como: refeições adequadas; celas apropriadas para um número determinado de presos; acesso à cultura, lazer e educação dentro do ambiente prisional; assistência médica, odontológica e psicológica; atribuição de trabalho e sua devida remuneração; e assistência jurídica.

Portanto, devido às suas condições pessoais, as mulheres cumprem pena em estabelecimentos próprios que só utilizarão trabalho de agentes penitenciárias do sexo feminino, salvo pessoal técnico especializado (BRASIL, 1984).

Diante disso, alguns quesitos são tratados, teoricamente, de forma mais humanitária pela condição especial da mulher.

Com relação à saúde, de acordo com o artigo 14, §3º da LEP “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”. Ainda, o artigo 83, §2º da LEP estipula que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”. (BRASIL, 1984).

Também, “é vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato”, disposto no parágrafo único do artigo 292 do CPP. (BRASIL, 1941)



Dessa maneira, é visível a proteção legal da mãe e filho no pré-parto e pós-parto, exigindo dos estabelecimentos penais um lugar em que seja possível a mãe cuidar da criança dentro da prisão, sem o ambiente hostil afetar ambos.

Além disso, o Código de Processo Penal foi alterado em 2016, permitindo a substituição da prisão preventiva em domiciliar em certos casos.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: IV – gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1941).

Portanto, “Percebe-se claramente que houve um avanço no reconhecimento legal do impacto da prisão da mulher que é mãe para os filhos e dependentes, de modo a ser priorizada uma alternativa à prisão provisória nesses casos” (INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA, 2017, p.17).

Outrossim, o Brasil é signatário das Regras de Bangkok – regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – tendo esse tratado sido publicado em 08 de março de 2016 para estabelecer uma orientação para a proteção da mulher e suas peculiaridades.

Dessa maneira, o tratado propõe direcionar atenção para aspectos de higiene pessoal específicos do sexo feminino:

A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação (BRASIL, 2016, p. 21).

Ainda, reforça o tratamento psicológico para abranger questões ímpares de cada presa:

Deverão ser disponibilizados às mulheres presas com necessidades de atenção à saúde mental, na prisão ou fora dela, programas de atenção à saúde mental individualizados, abrangentes, sensíveis às questões de gênero e centrados na compreensão dos traumas, assim como programas de reabilitação (BRASIL, 2016, p. 23)

Não bastasse, o tratado estabelece o incentivo à programas de tratamento para usuárias de drogas:

Os serviços de saúde da prisão deverão prover ou facilitar programas de tratamento especializados a mulheres usuárias de drogas, considerando anterior vitimização, as necessidades especiais das mulheres gestantes e mulheres com crianças, assim como a diversidade cultural de suas experiências (BRASIL, 2016, p. 23).

Inclusive, é afirmado no artigo 10 da LEP que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Além disso, essa assistência dá-se, também, ao egresso (BRASIL, 1984).

Dessa forma, a assistência social é capaz de orientar a mulher dentro do estabelecimento para que o cumprimento da pena seja menos aflitivo. Nessa linha, deve haver o acompanhamento dos problemas enfrentados pela mulher encarcerada e o seu



confrontamento com as autoridades do local, para tentar minimizar os danos que podem ser causados durante a vivência no cárcere e, principalmente, após a saída deste.

Posto isso, é importante destacar a questão da oferta de trabalho para a mulher encarcerada, visto que o estímulo de oportunidades dentro da prisão pode auxiliá-la a reconhecer que há possibilidade de encontrar uma atividade laborativa fora do estabelecimento prisional e não adentrar novamente na vida criminosa (DANTAS, 2018).

Nessa esfera, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 defende o trabalho como um direito social garantido a todos os cidadãos, sem nenhum tipo de distinção. Não bastasse, o artigo 41, inciso II da Lei de Execução Penal também estabelece que a atribuição de trabalho e sua devida remuneração constituem direitos do preso (DANTAS, 2018).

Pois bem, a oferta de trabalho gera um estímulo significativo na vida dentro do cárcere. Logo, é relevante o estabelecimento prisional proporcionar espaços adequados que ofereçam uma infraestrutura para a produção e oficinas profissionalizantes (DANTAS, 2018).

Desse modo, entende-se que o conjunto de leis está em constante progresso para reduzir os impactos causados durante a permanência em ambiente prisional e para amparar a reinserção da mulher na sociedade.

Levando em consideração o suporte legal conquistado pelas mulheres em privação de liberdade, o presente artigo propõe-se a examinar a vivência no cárcere para averiguar a realidade das presas e o cumprimento das normas legais em relação à infraestrutura, saúde, educação, trabalho e, principalmente, a dignidade dessas mulheres. Nesse sentido, dá-se importância aos dados do Infopen Mulheres (2014 e 2018) que serão avaliados para compreensão da realidade do ambiente prisional feminino.

2. O AMBIENTE PRISIONAL REAL

A primeira edição do Infopen foi criada em 2004 e agrega informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro por meio de um formulário de coleta estruturado e preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país. Em 2014 foi lançada a primeira edição do Infopen Mulheres, na qual houve uma reformulação metodológica que possibilitou produzir uma análise centrada na inserção das mulheres no sistema prisional, analisando os dados disponíveis a partir da perspectiva dos serviços penais voltados para garantia de direitos dessa população em situação de prisão, abordando, entre outros temas, os marcadores de raça, cor, etnia, idade, deficiência, nacionalidade, situação de gestação e maternidade entre as mulheres encarceradas. Em sua segunda edição, lançada em 2018, o Infopen Mulheres passa a explorar uma gama mais abrangente de dados, incluindo uma nova seção sobre a infraestrutura e a garantia de direitos, a qual aborda dados sobre os estabelecimentos femininos e mistos, além de uma análise sobre a evolução histórica da distribuição de tipos penais pelos quais as mulheres foram condenadas ou aguardam julgamento (BRASIL, 2018).

2.1 Infraestrutura

De acordo com o que foi reportado no Infopen de 2014, a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para abrigar homens (74%), enquanto 7% destinam-se ao público feminino e 16% são estabelecimentos mistos, ou seja, podem contar com alas/celas para mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino (BRASIL, 2014). Portanto, apesar da LEP prever estabelecimentos específicos por gênero, no atual levantamento publicado em 2018, 17% dos estabelecimentos



continuam mistos e apesar de adaptados para a custódia de mulheres, não são capazes de contemplar as especificidades e serviços destinados às mulheres, como os relacionados ao aleitamento, espaço para os filhos, espaço para gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outros (BRASIL, 2018).

O Infopen de 2014 destaca que o Brasil possuía 37.380 mulheres cumprindo penas em privação de liberdade, constituindo a quinta maior população carcerária feminina do mundo, ficando atrás dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia. No levantamento de 2018, o Brasil passou a ser o quarto país com maior população prisional feminina, com um total de 42.355 mulheres em unidades carcerárias. O Estado de Santa Catarina apresenta nestes levantamentos 1.129 e 1.506 mulheres privadas de liberdade, respectivamente, ocupando atualmente a 9ª maior população prisional do país, sendo o 11º estado que mais aprisiona mulheres, com 43,7 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres (BRASIL, 2014; 2018).

Outro dado relevante a ser observado é o déficit de vagas para mulheres nessas instituições, num total de 15.326, colocando em tela um sistema penitenciário superlotado e insalubre, que desrespeita os direitos básicos dessa população (BRASIL, 2014; 2018).

Apesar dos dados escassos relacionados ao cárcere feminino, se comparados com os estudos dos estabelecimentos masculinos, o Infopen demonstra que a taxa de aprisionamento feminina cresceu em grande proporção nos últimos anos:

Em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional (...) No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil homens em 2016 (BRASIL, 2018, p. 14-15).

Logo, “a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em relação às mulheres, é de 156,7%, conforme registrado em junho de 2016, o que significa dizer que em um espaço destinado a 10 mulheres, encontram-se custodiadas 16 mulheres no sistema prisional” (BRASIL, 2018, p. 35). Quando analisados os dados relacionados às unidades catarinenses verifica-se uma taxa de ocupação bem superior à média nacional (207%) e se forem realizados os mesmos cálculos, em um espaço para 10 mulheres, encontram-se custodiadas 21 mulheres. Já nas unidades mistas catarinenses a taxa de ocupação é de 153% (BRASIL, 2018).

Em relação a infraestrutura para a garantia de direito de receberem visitas, apenas 50% das unidades femininas e mistas no Estado de Santa Catarina possuem local específico para a visitação. No que tange ao direito da visita íntima, há muitas limitações decorrentes da fragilidade ou inexistência de infraestrutura dos estabelecimentos penais brasileiros. Em nosso estado, apenas 50% das unidades femininas – e 67% das unidades mistas – garantem local adequado para visita íntima (BRASIL, 2018).

Quando se analisa a infraestrutura para gestantes e filhos das encarceradas nas unidades prisionais os dados revelam que apenas 55 unidades, das 1.422 unidades participantes do levantamento em todo o país declararam apresentar cela ou dormitório para gestantes. E apenas 3% das unidades do país possuem espaço específico para crianças acima de 2 anos. Em Santa Catarina, apenas 43% dos estabelecimentos apresentam espaço adequado tanto para gestantes, quanto lactantes. No entanto, apenas 4 unidades no estado possuem berçário/espaço destinado para bebês de até 2 anos de idade e apenas 1 unidade apresenta espaço para crianças acima de 2 anos. Há época do último levantamento, não havia nenhuma criança acima de 2 anos presente nos



estabelecimentos prisionais catarinenses, apenas 8 bebês na faixa etária até 6 meses (BRASIL, 2018).

Estes dados da infraestrutura evidenciam a fragilidade das unidades prisionais garantirem a dignidade e os direitos das mulheres encarceradas, assim como de seus filhos, familiares e amigos que poderiam favorecer o processo de ressocialização.

2.2 Perfil da população feminina privada de liberdade

O Infopen 2018, a partir da análise da amostra de mulheres sobre as quais foi possível obter dados acerca da idade, considera que 50% da população prisional feminina é formada por jovens de até 29 anos. Este perfil corresponde a 42% das mulheres em unidades prisionais catarinenses (BRASIL, 2018).

Já em relação a análise da amostra de mulheres sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, o levantamento destaca que 62% da população prisional feminina no Brasil é composta por mulheres negras. (BRASIL, 2018) Em Santa Catarina esta composição é radicalmente diferente, pois 62% das mulheres encarceradas são brancas e 38% negras, dado relacionado a predominância de descendentes de imigrantes europeus que colonizaram a região (BRASIL, 2018).

Em relação ao estado civil da população prisional, foi possível obter informações para 62% do total de mulheres privadas de liberdade (equivalente a 25.639 mulheres). Verificou-se que há uma maior concentração de pessoas solteiras, representando 62% da população prisional. A distribuição da população prisional de acordo com a faixa etária expressa a concentração de jovens entre essa população, fator que pode corroborar a concentração de pessoas solteiras. Em Santa Catarina, 42% são solteiras e 49% declararam união estável ou serem casadas, essa diferença pode estar associada a outra diferença no perfil das mulheres encarceradas no estado quando comparadas ao perfil nacional: 46% dessas mulheres estão na faixa etária de 30 até 45 anos (BRASIL, 2018).

Sobre o número de filhos das mulheres privadas de liberdade, tanto a primeira edição quanto a segunda edição do Infopen Mulheres abordam a questão, apontando para a necessidade de considerar o impacto do encarceramento sobre as famílias e comunidades das pessoas presas, no entanto, a disponibilidade de informação sobre o número de filhos, permanece baixa, foi possível analisar apenas 7% da população prisional feminina em Junho de 2016, o que corresponde a uma amostra de 2.689 mulheres sobre as quais se tem informação. Apesar da amostra ser pequena é possível verificar que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Enquanto 53% dos homens no sistema prisional, para o mesmo período, declararam não ter filhos. Diante deste dado, sobressai a necessidade de se aprofundar a análise sugerida pelos dados do Infopen, que apontam para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional, para que se possa verificar demandas e proporcionar serviços e estruturas penais capazes de responder tanto à possibilidade de institucionalização da criança, como aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades (BRASIL, 2018).

Sobre o tipo de crime cometido por essas mulheres, de modo geral, pode-se afirmar que se relacionam ao tráfico de drogas, correspondendo a 62% das incidências penais tanto das que foram condenadas como das que esperavam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontravam à época no sistema prisional respondiam por crimes ligados ao tráfico (BRASIL, 2018). Sendo que 41% da população é condenada a penas entre 4 e 8 anos e o regime semiaberto contempla apenas 16% do total da população prisional feminina. Em Santa Catarina o tipo de crime e



o índice se iguala ao nacional (62 %), no entanto, 38% cumprem pena entre 8 e 15 anos e 33% entre 4 e 8 anos (BRASIL, 2018).

Mesmo sem considerarmos o tipo de crime, ocorre que o perfil de mulheres encarceradas já consiste, aos olhos da sociedade, em uma representação negativa. Essas mulheres já resistem, antes de adentrar no sistema prisional, a uma estigmatização por características físicas, sociais e econômicas relacionadas a sua pessoa. Ademais, a falta de estrutura socioeconômica acarreta num distanciamento do crescimento pessoal em relação aos estudos, trabalho e, conseqüentemente, qualificação profissional.

Posto isto, Pereira e Santoro (2018, p.102) demonstram que o perfil idealizado para a mulheres é um fardo em mais de um aspecto:

Diante de uma sociedade que predestina papéis socialmente aceitáveis às mulheres, surge a concepção de que a mulher que atua de forma criminosa é considerada duplamente desviante: além de transgredir a lei, ela também desobedece aos padrões impostos pela sociedade, intimamente ligados àquilo que se considera uma conduta feminina apropriada.

Por consequência, o sistema prisional brasileiro agrega uma coletividade específica que já é segredada historicamente no país e, não bastasse, “fecha os olhos” para a população prisional feminina que conta com menor número de estabelecimentos e grande necessidade de atenção em pontos cruciais de saúde, bem-estar e reintegração social.

Desta maneira, observa-se uma seletividade do poder punitivo em relação a essas mulheres e o tipo penal praticado por elas, em sua maioria, crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas (INFOPEN, 2018).

Outrossim, Freitas (2017, p. 59) investiga a situação econômica desses indivíduos e a sua relação com o crescimento do crime de tráfico de drogas:

Compreende-se que a pobreza não pode ser vista como sinônimo de comportamento criminoso, porém, não se pode desconsiderar que o atual contexto brasileiro de intensa concentração de renda e elevados níveis de desemprego tem direcionado um contingente da população do mundo a engrossar as estatísticas do tráfico de drogas como estratégia para garantir a sobrevivência.

Então, julga-se que o aumento do número de encarceramentos de mulheres está interligado com a realização de políticas públicas de forma repressiva para combater o tráfico de drogas, ao invés de abranger uma vertente preventiva (PEREIRA; SANTORO, 2018).

Em relação à educação da população prisional, o Infopen traz os seguintes dados:

Foram obtidas informações acerca da escolaridade para 73% da população feminina privada de liberdade no Brasil (ou 29.865 mulheres). [...] 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio (BRASIL, 2018, p. 43).

Dessa forma, o nível de escolaridade das mulheres presas é baixíssimo e, ainda, somente 25% estão engajadas em alguma atividade educacional dentro do cárcere (BRASIL, 2018).

Em Santa Catarina, pode-se observar no quadro abaixo, a escolaridade das mulheres privadas de liberdade.



Quadro 1: Escolaridade das mulheres privadas de liberdade em unidades prisionais catarinenses

Escolaridade	Ju nho 2014	Ju nho 2016
	112 9 mulheres	150 6 mulheres
Analfabeta	2%	3%
Alfabetizada sem curso regular	3%	4%
Ensino Fundamental Incompleto	49%	48%
Ensino Fundamental Completo	14%	15%
Ensino Médio Incompleto	14%	10%
Ensino Médio Completo	14%	16%
Ensino Superior Incompleto	2%	3%
Ensino Superior Completo	1%	1%

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2014 e Junho 2016. Adaptação da pesquisadora.

Destarte, é de suma importância o Estado cumprir as demandas relacionadas à educação, auxiliando as mulheres no processo de reintegração social com qualificação profissional. A LEP impõe ao Estado o dever de fornecer à pessoa privada de liberdade acesso à educação, com o objetivo de prevenir o crime e favorecer a ressocialização. A Lei prevê que a assistência educacional deve compreender a instrução escolar, assim como a formação profissional das encarceradas, sendo o ensino fundamental obrigatório (BRASIL, 1984).

Com isso, “a educação voltada para a população carcerária feminina deve estar sensível às necessidades que esta população demanda, bem como deve possibilitar a desconstrução do sexismo enquanto relação de poder e subordinação” (CUNHA, 2010, p. 175-176).

Ainda sobre a questão educacional, Cunha (2010, p. 69 *apud* IRELAND; LUCENA, 2016, p. 176) discorre:

As atividades de trabalho e educação na prisão não podem ser encaradas como mais uma ocupação para a reeducanda cumprir seu tempo de pena mais tranquila, mas deve fazer parte de um projeto consistente de resgate da dignidade humana e possibilidade de novos sonhos e rumos, quando do cumprimento desta pena.

Em 2014, apenas 25,3% das mulheres no sistema prisional brasileiro estavam em atividades educacionais formais e complementares, dessas 40% em formação de nível fundamental (BRASIL, 2018).

Em Santa Catarina, conforme Quadro 2, constam 256 mulheres em atividades educacionais: 15% em processo de alfabetização, 43% em formação de nível fundamental, 18% em nível médio, 15% em curso técnico (acima de 800 horas aula), 7% em curso de formação inicial e continuada (acima de 160 horas) e 2% em atividades complementares (videoteca, lazer e cultura) e nenhuma mulher privada de liberdade vinculada a atividades de remição pelo estudo através do esporte (BRASIL, 2014).

Em junho de 2016, das 1.506 mulheres no sistema prisional catarinense, apenas 198 mulheres conseguiram acessar atividades educacionais formais, sendo 21% em alfabetização, 56% em formação de nível fundamental, 21% em nível médio, 2% no ensino superior e nenhuma vinculada a curso técnico (BRASIL, 2018).



Então é perceptível e extremamente preocupante o aumento no número de encarceradas no estado catarinense e uma diminuição de acesso à educação formal e dispositivos educacionais que favoreçam a ressocialização dessas mulheres. No último levantamento não há menção a dados sobre atividades complementares e atividades de remição pelo estudo através do esporte para nenhuma unidade federativa.

Quadro 2: Mulheres privadas de liberdade em atividades educacionais em unidades prisionais catarinenses

Atividade Educacional	2014	2016
	1129 mulheres aprimadas 256 mulheres em atividade educacional	1506 mulheres aprimadas 198 mulheres em atividade educacional
Alfabetização	15% (39)	21% (42)
Ensino Fundamental	43% (110)	56% (110)
Ensino Médio	18% (46)	21% (42)
Ensino Superior	0% (0)	2% (4)
Curso Técnico	15% (39)	0%
Formação Continuada	7% (17)	0%
Atividades Complementares	2% (5)	0%

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2014 e Junho 2016. Adaptação da pesquisadora.

Em relação ao trabalho, no Brasil, existiam em junho de 2014, 6.766 mulheres em atividades laborais (30% da população total de mulheres com dados disponíveis) (BRASIL, 2014).

De acordo com a LEP, o trabalho das encarceradas tem finalidade educativa e produtiva, e mesmo que não sujeito ao regime da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), o trabalho deve ser remunerado, não podendo a remuneração ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo (BRASIL, 1984). No entanto, “63% da população prisional feminina em atividade laboral não recebe remuneração ou recebe menos que $\frac{3}{4}$ do salário mínimo mensal” (BRASIL, 2018, p. 73).

Portanto, evidencia-se uma diminuição no acesso ao trabalho pelas mulheres, muito devido à falta de incentivo e de vagas de trabalho e, dessa forma, “apenas 24% da população prisional feminina está envolvida em atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais” (BRASIL, 2018, p. 69).

Em Santa Catarina, no ano de 2014, eram 591 mulheres trabalhando, ou seja 52% da população feminina encarcerada, sendo 49% em vagas disponibilizadas pela administração prisional em parceria com a iniciativa privada e 29% com apoio do próprio estabelecimento (alimentação, limpeza, etc.). (BRASIL, 2014). Em 2016, num período de dois anos o quadro se altera radicalmente, e apenas 241 mulheres (16%) tem acesso ao trabalho. Sendo que dessa porcentagem de 2016, 53% das mulheres não recebem remuneração ou recebem menos do que $\frac{3}{4}$. (BRASIL, 2018)

Diante disso, há um colapso entre os direitos e garantias concedidos às presas e a observância do Estado no cumprimento de seus deveres com esses indivíduos.



3. OS IMPACTOS DO CÁRCERE NA RESSOCIALIZAÇÃO

3.1 Efeitos Negativos dos Presídios Reais

A carência de aplicabilidade das leis atribui uma sucessão de acontecimentos que influenciam as mulheres a não conseguirem uma estabilidade após a saída da prisão e, dessa forma, ficarem expostas à marginalidade e a possíveis reincidências. “No Brasil, segundo dados aproximados, entre 70% e 80% dos presos que saem sob o regime de liberdade condicional retornam ao chamado “mundo do crime” e voltam a ser novamente presidiários, com a denominação de “reincidentes”” (CUNHA, 2010, p. 162).

Ademais, segundo Cunha (1997, p. 162 *apud* SILVA, p.176) “os efeitos mais duradouros do processo de institucionalização são os danos causados à constituição da identidade, a afirmação do ‘estigma’, a incorporação do sentimento de inferioridade e a redução significativa da autoestima”.

Desta maneira, os impactos causados pela ausência do Estado no atendimento de demandas básicas – trabalho; saúde, educação e cultura – prejudicam a efetiva possibilidade de conquista de emprego, reinserção social e a saída definitiva do “mundo do crime”.

Ainda, em situações mais agravantes, os suicídios entre a população carcerária feminina têm crescido de forma descomunal:

No tocante aos suicídios, os dados permitem estimar que as chances de uma mulher se suicidar são até 20 vezes maiores entre a população prisional, quando comparada à população brasileira total. Entre a população total foram registrados 2,3 suicídios para cada grupo de 100 mil mulheres em 2015, enquanto entre a população prisional foram registradas 48,2 mortes autoprovocadas para cada 100 mil mulheres. feminina. (BRASIL, 2018, p. 66).

Desta forma, é preocupante o desamparo do Estado em relação a essas mulheres, já que é garantida a assistência social para prepará-las para a vida em sociedade, após o cumprimento da pena (BRASIL, 1984). Essa assistência está expressa no artigo 22 da LEP e dá-se por “orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; e concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses” (BRASIL, 1984).

Ademais, o parágrafo único do dispositivo supracitado garante que o prazo de 2 meses pode ser prorrogado (uma única vez) se o indivíduo comprovar que persiste na busca por trabalho, porém, o assistente social necessita corroborar com esses fatos (BRASIL, 1984).

Posto isto, é notória a carência no sistema prisional durante o período de encarceramento e, diante das referências apresentadas da situação real do cárcere, é preocupante esperar alguma assistência após a saída do estabelecimento para engajar uma possível ressocialização.

Por conseguinte, os presídios femininos constituem espaços de submissão e descaso já que “as mulheres em situação de prisão têm demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas, o que não raras vezes é agravada por histórico de violência familiar, maternidade, nacionalidade, perda financeira, uso de drogas, dentre outras” (FREITAS, 2017, p. 53).

Ainda, a porcentagem do número de estabelecimentos femininos é muito pequena (7%), se comparado com os estabelecimentos penais masculinos que perfazem 74% do sistema (BRASIL, 2018). Não bastasse, as prisões destinadas às mulheres infratoras



fazem grande necessidade de atenção em pontos cruciais de saúde, bem-estar e reintegração social.

Dessa maneira, há uma certa premência em atender tais requisitos para tornar a vida dessas mulheres menos penosa, contudo, tal urgência entra em colisão com a estagnação do sistema prisional.

Logo, “as mulheres trazem a necessidade de um olhar da defesa que, diferentemente dos outros operadores do direito, não vejam as mulheres apenas como mais um número” (INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA, 2017, p. 214).

Contudo, em relação ao labor feminino nos presídios, este advém de atividades precárias que não auxiliam na qualificação profissional e na inserção no mercado de trabalho após o cumprimento da pena. Verifica-se que, em função do gênero, a ressocialização da mulher encarcerada é processada de uma maneira machista (DANTAS, 2018).

Veja como Krohling e Miyamoto (2012, p. 231 *apud* DANTAS, 2018, p. 35) descrevem tais atividades:

As oportunidades para as mulheres encarceradas no sistema prisional brasileiro estão delimitadas às atividades consideradas da “natureza” feminina, como aulas de culinária, artesanato, jardinagem, costura ou a atividades de apoio ao estabelecimento penal.

Diante disso, o ingresso na prisão torna a situação de vida da mulher, como parte da sociedade, mais precária do que quando ela adentrou no sistema prisional e, ainda, é desestabilizada pela carência de infraestrutura prisional que não assegura um cumprimento de pena digno nos termos da lei, possibilitando a ressocialização.

3.2 Efeitos Positivos do Cumprimento das Normas Legais

É certo que, apesar de todo descompasso entre o ambiente prisional legal e real, existem diversos mecanismos legais que asseguram uma vida menos penosa no cárcere. Sendo assim, a observância dessas garantias gera um resultado esperançoso na vida da mulher.

Em relação à saúde, os dados encontrados pelo Infopen são otimistas, já que do total de mulheres em privação de liberdade (42.355), 34.701 se encontram em unidades com módulo de saúde, perfazendo 84%, ou seja, quase todos os estabelecimentos possuem unidades de saúde. Em Santa Catarina 100% das unidades prisionais possuem módulos de saúde. (BRASIL, 2018).

Ainda, dentro da pesquisa sobre saúde, dessa vez alcançada apenas em 34.543 mulheres:

Foram realizadas 80.349 consultas médicas com mulheres ao longo do semestre, sendo que apenas 26% delas foram realizadas em equipamentos de saúde externos aos estabelecimentos. Nacionalmente, foram realizadas, em média, 2,3 consultas médicas para cada mulher privada de liberdade ao longo do semestre. A título de comparação, no sistema público de saúde brasileiro, são realizadas 2,77 consultas por habitante. No âmbito da saúde suplementar, que contempla as operadoras de planos privados de assistência à saúde, são realizadas 5,4 consultas médicas por habitante ao longo de um ano (BRASIL, 2018, p. 62).

Portanto, o atendimento para as presas segue um padrão que está praticamente em igualdade com o sistema público e não tão distante do sistema de saúde suplementar.



No caso das atividades complementares, ressalta-se a remição da pena, sendo esta “o direito do condenado de abreviar o tempo imposto em sua sentença penal, pode ocorrer mediante trabalho, estudo e, de forma mais recente, pela leitura” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Sobre esse instituto, a LEP preconiza nos artigos 126 até 130 de seu texto legal que a contagem de tempo será feita à razão de 1 dia de pena descontadas a cada 12 horas de comparecimento em atividades educadoras (ensino fundamental, médio e profissionalizante, inclusive de requalificação profissional). Tais horas devem ser divididas em um período de 3 dias e podem ser realizadas de forma presencial ou à distância. Também pode acontecer a cada 3 dias de trabalho, descontando um dia de pena (BRASIL, 1984).

Além disso, “o preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição” (BRASIL, 1984).

Portanto, a remição da pena provoca um encorajamento no indivíduo em privação de liberdade a sustentar-se nos estudos e trabalho para tornar sua pena menos afliativa e, conseqüentemente, trazer benefícios para o seu crescimento pessoal e profissional.

Nesse sentido, não pode ser ignorado o fato que “4% da população prisional feminina do país encontra-se envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares” (BRASIL, 2018, p. 68). A porcentagem ainda é muito baixa, no entanto, evidencia uma abertura à possibilidade de acesso à cultura, lazer e educação, que se configuram como processos fundamentais na humanização e promoção de saúde mental.

Há que se considerar ainda que as garantias legais elaboradas em prol do cumprimento de pena digno das pessoas em privação de liberdade vêm ganhando força com o advento da valorização dos direitos humanos, tendo em vista que a Lei de Execução Penal alterou seu texto legal para auxiliar a maternidade no cárcere e em outros pontos e, também, houveram tratados e portarias com grandes referências em proteção da mulher no cárcere, como as citadas Regras de Bangkok e a Portaria Interministerial 210/2014.

Ainda, a prática de atividades complementares, principalmente a remição da pena, auxilia no desenvolvimento dentro dos estabelecimentos e, também, dá um propósito para essas pessoas terem até fim do cumprimento da pena.

Levando em consideração a escassez de dados concretos no âmbito das pesquisas sobre o encarceramento feminino, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) foi crucial para compreender a concepção em que estão inseridas essas mulheres e, assim, foi possível analisar os dados prestados e colocá-los em confronto com as leis e tratados supracitados.

O intuito desse estudo não é desconsiderar os atos praticados pelas condenadas, mas considerar a aplicação efetiva dos direitos garantidos a elas para reeducá-las e reinseri-las na sociedade, pois isso só será possível “quando o sistema conseguir absorver suas demandas por educação, saúde, moradia, vida digna, ou seja, seus sentimentos de pertencer, de fazer parte da sociedade” (CUNHA, 2010, p. 175).

Portanto, mesmo que alguns aspectos – como educação e trabalho – ainda estejam fragilizados, tem de ser observado que os estabelecimentos prisionais femininos possuem, minimamente, uma estrutura capaz de ser melhorada para motivar um progresso na vivência nessas unidades prisionais e, posteriormente, na reinserção dessas mulheres na sociedade.



PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa na qual “o processo e seu significado são os focos principais de abordagem” (MATIAS-PEREIRA, 2016, p. 89). Dessa maneira, na pesquisa qualitativa, “a compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos” (MEZZARROBA, 2017, p. 138).

A pesquisa é do tipo bibliográfica. De acordo com Almeida (2014, p. 28) “este tipo de estudo toma como objeto apenas livros e artigos científicos, tendo normalmente a finalidade de buscar relações entre conceitos, características e ideias, às vezes unindo dois ou mais temas”. Dessa forma, o presente estudo “tem como foco, obrigatoriamente, contribuir para a construção dos argumentos e para a demonstração que caracteriza o assunto” (NASCIMENTO, 2012, p. 27).

O estudo utilizou o método dedutivo para entender as ideias e proposições do referido tema. Esse método é estipulado para pesquisas com diretriz para a busca de informações a serem articuladas em um estudo:

O método dedutivo é mais indicado para a investigação em situações sujeitas a um número significativo de aspectos ou fatores qualitativos que se apresentam em forma de rede ou teia de informações, de tal maneira que se torna complexo identificar e selecionar os principais dados e informações sobre os aspectos que se pretende observar, classificar e interpretar (NASCIMENTO, 2012, p. 14).

A pesquisa é descritiva e “visa descrever as características de determinada população ou fenômeno, ou o estabelecimento de relações entre variáveis. (...) assume, em geral, a forma de levantamento” (MATIAS-PEREIRA, 2016, p. 91).

Além da revisão de literatura utilizou-se da análise documental como principal instrumento de coleta de dados, a partir dos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) em suas duas últimas edições, 2014 e 2018.

Spink (2013, p.100-101) ressalta que que “usar documentos desse tipo, que têm uma presença no campo de interesse e que são produzidos regularmente e de forma seriada, é um excelente caminho para a compreensão da gradativa emergência, consolidação e reformulações dos saberes e fazeres”.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Em vista da pesquisa realizada nesse artigo, foi colocada em confronto a aplicabilidade dos dispositivos legais que determinam direitos para as mulheres encarceradas e os dados reais dos presídios, analisando a influência do cumprimento legal, ou da falta deste, na vida da mulher, tanto dentro quanto fora do sistema prisional.

Dessa maneira, foi constatado que houve um progresso nos preceitos legais devido à preocupação com as necessidades femininas e, assim, tendo mais cuidado com as questões de saúde, proteção à maternidade, aspectos de higiene pessoal e singulares da mulher e tratamento psicológico.

Ocorre que, apesar de todo embasamento legal sobre a assistência do Estado para prevenção de delitos e o engajamento da ressocialização, os dados explorados no Infopen 2014 e 2018 demonstraram um desequilíbrio nos estabelecimentos prisionais em relação ao suporte concedido pelo Estado e, conseqüentemente, uma falta de acolhimento da legislação protetiva.

Primeiramente, foi averiguado que a maior parte dos estabelecimentos penais são projetados para homens. Deste modo, mesmo que o crescimento da população prisional feminina entre 2000 e 2016 tenha sido de 656% (BRASIL, 2018), a infraestrutura dos



estabelecimentos não comportam medidas básicas, tais como: cela ou dormitórios para gestantes, local para filhos e espaço adequado para o número atual de mulheres encarceradas.

Levando em consideração que os dados sobre maternidade são escassos, ainda foi possível examinar que 1.989 mulheres possuem filhos. À vista disso, apenas 55 unidades proporcionam esse tipo de cela, enquanto as outras 1.367 unidades não dispõem de tal estrutura (BRASIL, 2018). Portanto, mesmo que a lei tenha inovado em diversos aspectos com a proteção da maternidade, a estrutura prisional ainda não possui o básico para manter uma convivência mínima entre a mãe e filho.

No caso do espaço adequados para todas as mulheres em privação de liberdade, os dados mostraram que a prisão está superlotada, abrigando 16 mulheres em um espaço que comportaria apenas 10 (BRASIL, 2018), ou seja, resta claro que o sistema não acompanhou o crescimento da população prisional durante os anos, deixando essas pessoas, nas suas condições básicas de vida, em situações precárias.

No quesito educação, percebe-se que a maioria das mulheres que adentram o sistema prisional possuem escolaridade baixa (BRASIL, 2018), marcada pela falta de estrutura familiar e, conseqüentemente, pela ausência de introdução em qualquer qualificação profissional. Dessa forma, pelas garantias previstas na CF e na LEP, espera-se do Estado um posicionamento favorável em certificar que essas pessoas tenham acesso à educação para adquirirem conhecimento e assegurarem um espaço no mercado de trabalho.

No entanto, os dados explorados revelaram que apenas $\frac{1}{4}$ das mulheres encarceradas se encontravam em atividades educacionais (BRASIL, 2018). Por conseguinte, a maior parte da população carcerária feminina não está investida em nenhum incentivo à educação, sendo possíveis alvos de reincidências após a saída da prisão, visto que não possuem perspectivas em relação a sua situação socioeconômica.

Não bastasse, é importante debater o desencorajamento do labor feminino no cárcere, já que os dados confirmam que não há oferta de trabalho suficiente e, ainda, o pouco que existe não é devidamente remunerado (BRASIL, 2018). Ademais, os autores entram em consenso que a inserção das presas nas atividades laborativas é feita de um modo extremamente machista, com atividades já delimitadas pela “natureza feminina” e sem abertura para uma gama de cursos profissionalizantes que poderiam realmente auxiliar a formação dessas mulheres para o futuro (CUNHA, 2010; DANTAS, 2018).

Assim, o conflito entre a criminalidade *versus* ressocialização decorre da marginalização que essas mulheres enfrentam por não encontrarem refúgio nas políticas públicas e, não bastasse, já se encontram marginalizadas por seu *status* social e desgastadas por uma opressão vinda desde a inserção na sociedade como mulher até o encarceramento e a sua conseqüente estigmatização:

A falta de políticas públicas que auxiliem essas reeducandas pós-cumprimento da pena também é uma preocupação daqueles que trabalham com e em prol desse público. Pois a falta de oportunidades de trabalho, de vida digna, é que muitas vezes leva essas mulheres a se envolverem com o tráfico e a se identificarem com esse mundo que se apresenta, hoje, como garantia de dinheiro fácil e poder. Uma política educacional forte de valorização do sujeito e de sua autonomia, amparada por políticas públicas sérias de inserção social, econômica e política dessas mulheres, reduziria a possibilidade de retorno à prática de delitos (CUNHA, 2010, p. 176).



Muito embora os aspectos apresentados sejam, em sua maioria, negativos, a pesquisa demonstrou que existe uma parcela de garantias sendo colocada em prática nos presídios, como o instituto da remição de pena e a instalação de unidades de saúde, sendo que estas foram instaladas em quase todos os estabelecimentos prisionais.

Além da análise das diferenças reais e legais em todo o país, foram colhidos dados do estado de Santa Catarina, em grande parte do estudo coletado. Com isso, pode-se observar que Santa Catarina possui uma população carcerária predominantemente branca (62%), divergente do padrão nacional (BRASIL, 2018).

Ademais, Santa Catarina teve uma queda no acesso à educação nos presídios, apesar do número de mulheres encarceradas aumentar a cada ano (BRASIL, 2018). Com isso, é perceptível a dificuldade de inserção dessas pessoas no mercado de trabalho após o cárcere, já que não possuem estímulos para uma educação e qualificação profissional.

Nesse sentido, as atividades laborais em Santa Catarina também apresentaram dados desestimuladores, visto que o número de mulheres que trabalhavam para os presídios (ou em parceria com iniciativas privadas) em 2014 despencou para menos da metade em 2016. Não bastasse, os dados do Infopen 2018 ainda demonstraram que 53% das presas não recebem a remuneração prevista pela Lei de Execução Penal (BRASIL, 2014; 2018).

Logo, a hipótese proposta nesse artigo foi confirmada, a julgar pelas mulheres que já fazem parte de um *status social* historicamente marginalizado pela sociedade e, adentrando em um sistema prisional despreparado para suportar suas demandas mais básicas se veem mais desacolhidas do que antes. Em vista disso, é fundamental que todos os mecanismos legais possíveis que englobam um desenvolvimento na vida dessas pessoas sejam devidamente postos em prática.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa atingiu seu objetivo geral, tendo colocado em confronto a legislação com os dados reais e, dessa forma, realizando uma apreciação do ambiente prisional feminino e suas dificuldades no nosso país. Logo, pela observação dos aspectos analisados, a pesquisa obteve dados que demonstraram que a falta de estrutura nas unidades prisionais acarreta circunstâncias negativas na vida da mulher encarcerada. Contudo, as condições mínimas que estão sendo cumpridas nos presídios entram em confronto para rechaçar a precariedade do sistema prisional.

Levando-se em conta o que foi observado na legislação e nos dados disponibilizados pelo Infopen, percebe-se que há uma disparidade entre o legal e o real, ocasionando um abalo na expectativa de uma vida melhor após o cárcere. Portanto, faz-se necessário que haja uma efetiva aplicação das normas e garantias para um cumprimento de pena digno, restando claro que o êxito na execução desses preceitos legais provoca um incentivo na reinserção dessas mulheres no mercado de trabalho, com melhoramentos na educação e saúde (física e mental!).

Desse modo, foram englobadas as formas de proteção legal em relação à maternidade para explorar o desenvolvimento das normas em prol da relação mãe e filho durante o cárcere. Ainda, foi demonstrado o avanço das leis e tratados para proteger as necessidades básicas e peculiaridades femininas.

Além disso, o estudo das leis e tratados supracitados foi colocado em confronto com as estatísticas reais dos presídios, trazendo à tona a realidade do sistema prisional atual: sem potencial para abranger as necessidades básicas; superlotado e; despreparado para manter as mulheres e suas peculiaridades.



Por fim, esse estudo não esgotou o assunto, tendo em vista a imprescindibilidade do assunto e a escassa quantidade de pesquisas relacionadas às mulheres no cárcere. Dessa forma, o encarceramento feminino deve ser tratado com um olhar mais humanitário dos operadores de direito e, inclusive, de operadores de outras áreas cruciais para o funcionamento regular dos presídios, como os agentes de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mário de Souza. **Elaboração de projeto, TCC, dissertação e tese: uma abordagem simples, prática e objetiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília: 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei de Execução Penal n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília: 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Mulheres**. 2. Ed. Brasília: 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

BRASIL. **Portaria Interministerial n. 210, de 16 de janeiro de 2014**. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça) Serviço – Saiba como funciona a remição de pena. Brasília: 29 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena>> Acesso em: 05 de junho de 2019.



CUNHA, Elizangela Lelis da. **Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino**. Campinas: 2010, v. 30, n. 81, p. 157-178. Caderno CEDES.

DANTAS, Aline Assis. **O Trabalho da Mulher Encarcerada – Breve Estudo à Luz da Vulnerabilidade de Gênero no âmbito da cidade do Salvador-Bahia**. 2018. 138 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

FREITAS, Marta Bramuci de. **Memórias de mulheres encarceradas e o trabalho no tráfico de drogas**. 2017. 151f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheres em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres**. São Paulo: 2017. Disponível em: <<http://itcc.org.br/mulheresemprisao/>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

IRELAND, Timothy Denis; LUCENA, Helen Halinne Rodrigues de. **Educação e trabalho em um centro de reeducação feminina: um estudo de caso**. Campinas: 2016.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NASCIMENTO, Luiz Paulo do. **Elaboração de projetos de pesquisa: monografia, dissertação, tese e estudo de caso, com base em metodologia científica**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

PEREIRA, Ana Carolina Antunes; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **Gênero e prisão: o encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de tráfico de drogas**. Belo Horizonte: 2018. V. 3; n. 1; p. 87-112. *Meritum*, revista de Direito da Universidade FUMEC.

ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia: Limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil**. *Center for Brazilian Studies*, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/marcosrolim/rolim_prisao_e_ideologia.pdf>. Acesso em 06 de junho de 2019.

SPINK, Peter. Análise de documentos de domínio público. In. **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano**. São Paulo: Cortez, 2013.



DA POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL QUANDO HÁ TESTAMENTO PÚBLICO

Marina Du Bois¹

Resumo: Testamento é a declaração da vontade do indivíduo de como ele quer que a sua herança seja dividida. O testamento pode ser público, cerrado, particular, marítimo, aeronáutico, militar ou em forma de codicilo. Em todos eles deve haver a participação em maior ou menor grau de alguém no exercício de uma função pública que tem por objetivo validar como última vontade aquela que no testamento foi declarada. A essa força de validação, que pode ser oposta à sociedade, dá-se o nome de fé pública. A forma de se dividir a herança e de se apurar suas dívidas é através do inventário. O inventário pode ser judicial ou extrajudicial. O inventário extrajudicial, para ocorrer, necessita que todos os interessados sejam capazes, concordes quanto à partilha e que estejam acompanhados de um advogado. O Código de Processo Civil não permite o inventário extrajudicial quando há testamento, exigindo que seja processado por meio de Ação de Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento. Em 2019 o STJ inovou ao proferir decisão permitindo o procedimento de inventário extrajudicial de testamento público onde os herdeiros eram capazes e concordes, buscando dar celeridade ao processo e desafogar o Poder Judiciário. Este deve ser o caminho a ser seguido pelos Tribunais de Justiça do país.

Palavras-chave: Testamento público. Inventário extrajudicial. Celeridade Processual. Herdeiros capazes e concordes.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca definir o que é testamento, analisando e apresentando as suas formas.

Em seguida, procura entender e conceituar a fé pública e a sua relação com os cartórios, tabeliães e notários, que, embora não sejam servidores públicos, são investidos de função pública e, com ela, produzem atos que podem ser opostos à sociedade.

Após conceitua o que vem a ser inventário e a sua divisão entre judicial e extrajudicial, para adentrar na seara da possibilidade ou não de haver um inventário extrajudicial quando existe um testamento.

Analisa quais seriam as condições para que um testamento público pudesse ter um procedimento de inventário extrajudicial cartorário, com base no Código de Processo Civil, nas normas das Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo e em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, formula hipótese de como proceder quando se está diante de caso análogo concreto.

1. TESTAMENTO

A sucessão, em conceito amplo, é a substituição do titular de um direito.

O Direito das Sucessões trata da substituição do titular de um direito por ter ocorrido o seu óbito.

Essa sucessão pode ser legítima, quando o falecido não deixa nenhum documento especificando como deve ser dividido o seu patrimônio - ou os direitos a substituir, se nos atermos ao conceito amplo apresentado acima -, quando a divisão ocorrerá de acordo com o previsto no art. 1.845 do Código Civil, ou pode se dar através de um instrumento chamado testamento.

O Código Civil de 1916, trazia uma definição de testamento em seu art. 1.626, segundo a qual “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio para depois da

1. Advogada, especialista em Direito Tributário, e-mail: marina@holzmadeira.com.br



sua morte.” O Código Civil atual, em seu art. 1.858, de forma mais enxuta, diz apenas que “O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.”

Apesar da mudança, os doutrinadores concordam que o testamento é um ato jurídico unilateral, de última vontade, de caráter personalíssimo, solene, gratuito e eminentemente revogável (RODRIGUES, 1998, v.7, p.97).

Ele é ato jurídico unilateral, porque é um ato que tem repercussão no mundo jurídico e se forma exclusivamente com a manifestação de vontade do testador.

Trata-se de ato personalíssimo, porque deve ser elaborado unicamente pelo testador. Porém, não significa que o autor do testamento não possa buscar ajuda profissional de um advogado para a realização do ato, o que é recomendado, visto a solenidade em que está envolvido. O que a afirmação de ser um ato personalíssimo quer dizer é que a vontade testamentária deve ser exclusivamente do autor. Além de ser expressão da vontade do autor, ela deve emanar dele, isto é, um testamento não pode ser feito por um mandatário, tampouco pode ser coletivo. Sabemos que existem bens que são de propriedade coletiva, como, por exemplo, a residência de um casal. Neste caso, as duas pessoas podem testar sobre a sucessão do bem, entretanto, a manifestação da vontade de cada uma deverá constar em testamentos individuais e separados e apenas sobre a fração ideal do imóvel pertencente a cada uma delas.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. PRETENSÃO DE REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO PÚBLICO. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO ATO DE DISPOSIÇÃO DE VONTADE. AFRONTA AO ART. 1.863 DO CÓDIGO CIVIL. TESTAMENTO REALIZADO PELO PAI DA AUTORA JUNTAMENTE COM A SUA ESPOSA, EM PROVEITO DE TERCEIROS. HIPÓTESE DE TESTAMENTO CONJUNTIVO SIMULTÂNEO. PRÁTICA EXPRESSAMENTE VEDADA PELA LEI SUBSTANTIVA. PROTEÇÃO AO CARÁTER PERSONALÍSSIMO E UNILATERAL DA MANIFESTAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. SITUAÇÃO QUE NÃO CONSERVA A LIBERDADE DE DISPOR DO PATRIMÔNIO INDIVIDUAL E DE REDIGIR, MODIFICAR OU REVOGAR AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS. NULIDADE BEM RECONHECIDA PELO JUÍZO SINGULAR. EXEGESE DO ART. 166, INC. VII, DO CÓDIGO CIVIL. A vontade de cada um, como ato personalíssimo que é, atuando como meio de deliberação testamentária, deve ser disposta através de instrumento próprio e individual, sendo vedada a prática dos pactos sucessórios, na exata interpretação da norma inscrita no art. 1.863 do Código Civil, que proíbe expressamente o testamento conjuntivo, seja ela simultâneo, recíproco ou correspectivo. PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ART. 1.859 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONSUMADO. LAPSO TEMPORAL ESTIPULADO PARA VIABILIZAR A IMPUGNAÇÃO DE VALIDADE DO TESTAMENTO. TERMO INICIAL. DATA DO REGISTRO DO TESTAMENTO APÓS O ÓBITO DO TESTADOR. CONTAGEM DO PRAZO QUE SEQUER INICIOU NA HIPÓTESE ENFOCADA. "Somente após a abertura da sucessão e da apresentação do testamento ao Juiz, com o atendimento das disposições dos arts. 1.128 e 1.133 do CPC, é que deve ocorrer o prazo quinquenal" (IMHOF, Cristiano. Código Civil Interpretado. 5 ed. Florianópolis: Publicações Online, 2013). CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 1.864 DA LEI CIVIL QUE NÃO ELIDE O RECONHECIMENTO DA NULIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.090457-4, de Indaial, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-06-2015). (Grifamos)

É também um ato solene, pois deve cumprir a forma rígida estabelecida em lei para a sua validade. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2003, v.7, p.133-134), as “formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador”. Além disso,



“visa assegurar a autenticidade do ato e a liberdade do testador, com como chamar a atenção do autor para a seriedade do ato que está praticando.” (RODRIGUES, 1998, v.7, p.97). Tão rígida é a solenidade do ato que, caso não seja cumprida, eiva o testamento de nulidade absoluta, passível de pronunciamento de ofício pelo juiz, ainda que não arguida pelos interessados. A forma, entretanto, é variável, conforme o tipo de testamento, o que será analisado adiante.

Apesar de a doutrina se manifestar no sentido da nulidade do testamento que não segue a solenidade prevista no Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado, em decisões monocráticas, no sentido de tentar aproveitar o ato, desde que seja mantida na íntegra a sua essência. É o que se observa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. **NULIDADE E ANULABILIDADE DE TESTAMENTO E ACORDO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC/1973.** INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. **VÍCIO FORMAL. FLEXIBILIZAÇÃO. PREVALÊNCIA DA VONTADE DO TESTADOR.** COAÇÃO E CAPACIDADE DO TESTADOR. SÚMULA 7 DO STJ. ROMPIMENTO. INVIABILIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. ALEGADA NECESSIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE ACORDO DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. SÚMULA 7 DO STJ E 283 DO STF. MULTA (...)

3. **"[A]mbas as Turmas da 2ª Seção desta Corte Superior têm contemporizado o rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente, como reconhecido pelo acórdão recorrido"** (AgRg nos EAREsp 365.011/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 28/10/2015, DJe 20/11/2015).

(...)

8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.370.897 - RS (2013/0057889-8), Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 04/06/2019) (Grifamos)

Na mesma linha de pensamento já havia se manifestado o Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC:

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. GENITOR QUE, AOS OITENTA E OITO ANOS TESTA, NA FORMA PÚBLICA, DESTINANDO SUA PORÇÃO DISPONÍVEL, EM PARTES IGUAIS, A QUATRO DOS CINCO FILHOS. INSURGÊNCIA DA FILHA PRETERIDA, RECONHECIDA POSTERIORMENTE EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALEGADA INCAPACIDADE DO TESTADOR, ALÉM DE SUSPEITA DE FRAUDE EM SUA ASSINATURA APOSTA AO FINAL DO DOCUMENTO. INSUBSISTÊNCIA. PERÍCIA GRAFOTÉCNICA, BEM COMO LAUDOS MÉDICOS QUE ATESTAM, RESPECTIVAMENTE, A AUTENTICIDADE DA FIRMA E A CAPACIDADE MENTAL DO DISPONENTE. **INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES AFETAS AS TESTEMUNHAS DO ATO IMPUGNADO. INSUFICIENTES PARA, NO CASO ESPECÍFICO, DETERMINAR A INVALIDADE DA MANIFESTAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. CONTEÚDO QUE SE SOBREPÕE À FORMA.** "O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuidadas ou postergadas, sob pena de nulidade. **Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -**, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos." (Recurso Especial n. 302767/PR, relator Min. Cesar



Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ de 24.09.2001). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.009972-9, de Lages, rel. Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 18-10-2012). (Grifamos)

O testamento é também ato gratuito, porque o autor não receberá nada em troca. Essa característica está intrinsecamente ligada ao fato de ser uma liberalidade *causa mortis*, ou seja, a se realizar com a morte do autor, que, obviamente, falecido, não terá vantagem alguma na execução dos seu testamento.

É ato revogável. A sua revogabilidade é elemento básico do instituto, tanto que qualquer disposição que vise eliminá-la é nula (VENOSA, 2003, v.7, p.133). Logo, não é possível ao autor do testamento renunciar à sua liberdade de revogá-lo. Observe-se que, no primeiro julgado do TJSC apresentado, a nulidade do testamento foi declarada porque, além de não cumprir a solenidade necessária ao ato, havia a “situação que não conserva a liberdade de dispor do patrimônio individual e de (...) revogar as disposições testamentárias.”

1.1. Formas

Há várias formas permitidas pelo legislador para a manifestação da vontade de testar. Assim, o testamento pode ser público, cerrado, particular, marítimo, aeronáutico, militar ou em forma de codicilo.

Porém, a nenhuma outra pode-se recorrer para dispor de bens e direitos por ato de última vontade, pois, como descrito anteriormente, o testamento é um ato solene, portanto, o legislador apresenta várias roupagens que podem ser validamente usadas pelo testador, mas trata-se de número fechado de opções, isto é, caso a declaração de uma pessoa, ainda que autêntica e solene, disponha sobre seus bens para depois de sua morte, ela não terá eficácia se não for externada por um dos atos solenes previsto no Código Civil.

A seguir, analisaremos brevemente cada uma das formas de testamento, lembrando que o nosso foco é o testamento público com a possibilidade de seu cumprimento de modo extrajudicial.

1.1.1 Público

“Essa forma de testamento é a que apresenta maior segurança, pois ficará registrada em cartório.” (VENOSA, 2003, v.7, p.161). Tem como desvantagem o fato de não guardar segredo quanto à vontade do testador, pois qualquer pessoa pode ter acesso a ele, por ser equivalente a uma escritura pública. Em decorrência desse fato, muitos testadores decidem firmar seu testamento público em cidade diversa daquela em que mora e onde está sua família.

O testamento público está previsto nos arts. 1.864 a 1.867 do Código Civil. Seus requisitos essenciais são:

Art. 1864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.



Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Assim, para um testamento ser público precisa ser escrito por um tabelião, ou por alguém que legalmente o substitua, em seu livro de notas, que é de registro, conforme as declarações específicas do testador, que pode utilizar uma minuta pronta, notas ou apontamentos para tanto.

Há, ainda, a necessidade de estarem presentes ao ato duas testemunhas.

Após ser lavrado o instrumento, ele deve ser lido em voz alta ou pelo tabelião ao testador e às duas testemunhas ou pelo próprio testador, na presença das duas testemunhas. Em seguida, deve ser assinado por todos, tabelião, testador e testemunhas.

Há também disposições específicas quanto ao testador que não sabe assinar, quando o tabelião assim o declarará e uma das testemunhas assinará a seu rogo; quando o testador for surdo, caso em que ele deverá ler o documento antes de assinar e, se não souber ler, indicará alguém que o faça por ele; quando o testador for cego, caso em que o tabelião lerá para ele o documento e uma das testemunhas também o fará. Todas as medidas são previstas para evitar que haja fraude da vontade do testador e para que esta possa ficar registrada de forma pública.

A Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto nº 4.657/42, com redação dada pela Lei 3.238/67, em seu art. 18, permite que as autoridades consulares brasileiras possam lavrar testamento público. Aqui, a autoridade consular brasileira fora do Brasil fará as vezes do tabelião no cumprimento da forma exigida para a validade do testamento público.

Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado.

§1º As autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§2º É indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública.

Assim, o testamento público, produzido dentro dos ditames da lei, vale contra todos, com a mesma força que tem a escritura pública de um imóvel. Guardemos essa informação para utilizá-la mais a frente, quando tratarmos da necessidade de registro e cumprimento do testamento público.

1.1.2. Cerrado

Aqueles que desejam manter sua última vontade em segredo optam pelo testamento cerrado.

Entretanto, esta forma de testamento, apesar de secreta, também envolve a participação de um agente notarial.



Os requisitos do testamento cerrado encontram-se nos art. 1.868 do Código Civil:

Art. 1868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.

Da leitura do referido artigo, percebemos um ponto comum entre a forma do testamento público e a do testamento cerrado. Em ambos há a declaração de vontade do testador, onde ele expressa que aquele é o seu testamento. No entanto, no testamento cerrado, o conteúdo da sua vontade não é exposto ao tabelião e às testemunhas. O que o tabelião deve lavrar e ler às testemunhas é o auto de aprovação do testamento, não o seu conteúdo. O auto de aprovação deverá ser assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador. Caso o testamento seja escrito mecanicamente, o testador deverá assinar todas as suas páginas.

No auto de aprovação, o escrivão declarará o lugar e a data do instrumento, afirmando que o testador entregou-lhe o documento que tinha por seu testamento, afirmará, também, se foi escrito pelo próprio testador ou não e qualificará as testemunhas.

Salienta-se que o testamento cerrado só pode ser utilizado por quem saiba ler, art. 1.872, CC. Quem não puder assinar, também não pode testar através do testamento cerrado. Essas disposições legais buscam proteger aqueles que poderia vir a ser enganados a declararem ser seu o testamento que não reflete a sua última vontade. Essas pessoas poderão testar somente através de testamento público.

Outra diferença é a entrega do testamento cerrado ao testador, para que ele o guarde consigo e o preserve. Ao contrário do testamento público, o cerrado não tem seu conteúdo registrado em cartório. Ele só poderá ser aberto por um juiz que, garantindo que está em ordem, mandará que seja registrado e arquivado no cartório competente, determinando seu cumprimento, conforme arts. 1.125 e seguintes do Código de Processo Civil.

1.1.3. Particular

Para que seja feito um testamento particular não é necessária a participação de um funcionário do Estado, isto é, um testamento particular não tem a presença de um tabelião ou de um registro em cartório para existir.

Também conhecido como hológrafo, o testamento particular está regulamentado nos art. 1.876 a 1.879 do Código Civil e tem como vantagens sua rapidez de elaboração, sua facilidade e sua gratuidade.

Art. 1876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.



§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Observa-se que o testamento particular deve ser escrito pelo testador, de próprio punho ou por processo mecânico e, hoje, eletrônico, deve igualmente ser lido pelo testador, na presença de três testemunhas que também deverão subscrevê-lo.

Quanto ao testamento particular há particularidades interessantes. A primeira dela é que ele pode ser escrito em língua estrangeira, desde que as testemunhas também a entendam; a segunda é que, mesmo que as testemunhas não tenham sobrevivido ao testador ou que não haja testemunhas, ele pode, a critério do juiz, ser validado.

Ao contrário do que ocorre com o testamento público e com o testamento cerrado, nos quais o legislador foi mais rigoroso no que diz respeito à forma e à solenidade do ato, no testamento particular o legislador deu mais espaço para que o testador manifestasse a sua vontade, assim como deixou a critério do juiz averiguar a sua veracidade e aplicabilidade.

A desvantagem do testamento particular é que, caso as testemunhas não fiquem sabendo do falecimento do testador, ou já tenham elas falecido, não há quem possa afirmar sua existência, assim, se um interessado em que ele não seja cumprido o encontrar, poderá extingui-lo sem levá-lo ao conhecimento dos interessados.

O testamento particular necessita, tal como os testamentos público e cerrado, para que sua execução seja válida, a sua publicação em juízo, com a citação dos herdeiros legítimos.

1.1.4. Codicilo

Codicilo, termo diminutivo de *codex*, que, em latim - *caudex* - significava tronco de árvore, passando a retratar “tabuinhas de escrever”. Posteriormente o termo passou por várias evoluções de sentido, passando por livro, registro e, finalmente, pequeno registro.

O termo ilustra bem o que é um codicilo, derivado do Direito Romano. É um ato simplificado de última vontade para as disposições de pequeno valor e está estabelecido no art. 1.881 do Código Civil, que diz:

Art. 1881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Além de tratar de disposições de pequena monta, o codicilo pode tratar também de disposições não patrimoniais como nomeação de testamentários, tutores, curadores, reconhecimento de paternidade, perdão indigno *etc.*

Uma curiosidade a respeito do codicilo é que um codicilo pode revogar outro e um testamento pode revogar um codicilo, mas um codicilo não pode revogar um testamento (VENOSA, 2003, v.7, p. 189). Este é o entendimento que se tem a partir da leitura do art. 1.884, CC:

Art. 1884. Os atos previstos nos artigos antecedentes revogam-se por atos iguais, e consideram-se revogados, se, havendo testamento posterior, de qualquer natureza, este os não confirmar ou modificar.



Igual aos testamentos cerrado e privado, o codicilo deve ser registrado e aberto por um juiz, que averiguará se ele cumpre os requisitos mínimos de validade e forma, para que possa ser executado.

1.1.5. Marítimo

O testamento marítimo é aquele firmado por quem está em viagem a bordo de navio nacional, seja ele de guerra ou mercante.

Como a autoridade num navio é o comandante, perante ele deverá ser firmado o testamento, bem como na presença de duas testemunhas.

O testamento marítimo poderá ter a forma de testamento público ou de testamento cerrado, seguindo seus requisitos e solenidades.

O registro, no entanto, não será no livro do cartório, mas no diário de bordo do comandante.

Para que seja válido, deverá cumprir mais um requisito, o navio não deverá estar atracado no momento em que for firmado, ou, se atracado, deverá estar em porto onde o testador não pudesse ou não tivesse condições de desembarcar para lavrá-lo perante um tabelião.

O testamento marítimo encontra-se previsto nos arts. 1.888 e 1.890 a 1.892 do Código Civil.

O comandante o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto nacional onde atracarem, contra recibo em seu diário de bordo.

Além disso, o testamento marítimo tem validade de noventa dias, caso o testador não morra na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu final.

1.1.6. Aeronáutico

O testamento aeronáutico é extremamente semelhante ao testamento marítimo, estando, inclusive sob a mesma Seção do Código Civil que trata “Do Do Testamento Marítimo e do Testamento Aeronáutico”. Sua definição legal está no art. 1.889, CC, que afirma que “Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.”

Diferencia-se do testamento marítimo, porque para firmá-lo o testador deve estar em aeronave, civil ou militar, enquanto no marítimo deve estar em navio, e porque ele declarará sua vontade a pessoa designada pelo comandante e não diretamente ao comandante.

Aplicam-se à sua validade os requisitos de o testador estar na presença de duas testemunhas.

Cabem também a ele as determinações de que o comandante o entregará às autoridades administrativas do primeiro aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo, e a de que caducará em noventa dias, caso o testador não faleça durante a viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu fim.

1.1.7. Militar

Segundo Venosa (2003, v.7, p.183), O testamento militar é permitido aos militares e demais pessoas a serviço das Forças armadas em campanha, dentro do país ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou quem esteja em de comunicações interrompidas. Tudo de acordo com o art. 1.893 do Código Civil.



Caso não haja tabelião ou substituto disponível, ele pode ser firmado na presença de duas testemunhas ou, se o testador não puder ou não souber assinar, será necessária a presença de uma terceira testemunha.

Este testamento poderá ser escrito, ainda, conforme a necessidade, pelo comandante, se o testador estiver em um posto avançado, ou por oficial do hospital, se o testador estiver hospitalizado.

Há três formas aceitas de testamento militar: semelhante ao testamento público, semelhante ao testamento cerrado ou na forma de testamento nuncupativo.

O testamento militar nuncupativo pode ser dar quando o testador encontra-se em situação extrema, em que acredita que vai morrer.

O testamento militar caduca depois de que o testador estiver por noventa dias seguidos em local onde possa testar ordinariamente, salvo se ele tiver sido escrito de próprio punho, de forma pública ou cerrada, com a nota de aprovação do oficial.

As disposições que tratam do testamento militar encontram-se nos arts. 1.893 a 1.896 do Código Civil.

2. FÉ PÚBLICA

A fé pública pode ser conceituada como autenticação da verdade dada aos atos de alguém a serviço do estado, assim, por exemplo, ela afirma a certeza e a verdade dos registros feitos por um tabelião.

Segundo Barra (2019),

Fé pública é a confiança atribuída pelo estado democrático de direito aos agentes públicos para prática dos atos públicos, cuja veracidade e legalidade se presumem, devendo ser exercida nas exatas limitações constitucionais e legais, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal. Somente os atos públicos (sejam eles atos administrativos, legislativos, jurisdicionais, notariais ou registrais) possuem fé pública e, por tal, somente os agentes públicos (agente político, servidor público, empregado público ou terceiro em colaboração com o poder público) exercem a fé pública.

Logo, trata-se de o estado confiar nos atos exercidos pelos seus agentes, isto é, ter fé no que eles fazem e dizem e fazer essa confiança, essa fé, valer contra todos - fé pública.

Barra (2009) alega, ainda, que a fé pública pode ser dividida em quatro setores diversos: fé pública administrativa, fé pública legislativa, fé pública jurisdicional e fé pública notarial e registral.

A fé pública administrativa significa que os atos praticados e certificados pelos servidores da administração pública têm veracidade e devem ser acreditados. O mesmo ocorre com os atos dos servidores do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

A fé pública citada que não está ligada aos atos de nenhum dos três Poderes, nem aos atos da administração pública direta é a notarial e registral.

Como diz Rezende (2020),

São diversas essas personagens e, dentre elas, estão inseridos o oficial de registro público (registrador), o serventuário, o tabelião, o escrivão, o notário entre outros, cujas cotas de participação são marcantes e plenas de responsabilidade, uma vez que suas detalhadas atividades plasmas, autenticam, dão como verdadeiros os atos praticados pelas gentes em suas diversas tratativas.



Este modo de declarar que determinado ato praticado ou rito perseguido está perfeitamente estribado em ditames legais, é conhecido como fé pública, ou seja, é real, iniludível, verídico e legal, ficando as partes envolvidas na ação perfeitamente abrigadas e “aquecidas” pelo Direito, isentas de qualquer dúvida, claro, até prova em contrário.

2.1. Os Cartórios e a Fé Pública

A citada fé pública notarial e registral é exercida dentro dos cartórios, através dos notários.

Ainda citando Rezende (2020):

Esta aspiração constitui-se num dos fundamentos da forma das normas quanto às ações individuais visando uma legalidade perante os cartórios, cujos pressupostos, requisitos e efeitos tendem, entre outros fins, a garantia e a certeza dessas relações.

Dentre as normas destaca-se, de maneira intensiva e mesmo decisiva, a finalidade que o corpo social e lei atribuem aos providos da fé pública.

Assim, a Instituição de Direito Público atribui a determinadas, com exclusão das demais, a qualidade de verdade ao que atestam e afirmam, com características semelhantes àquelas que declaram uma lei, diante do que declaram os particulares em suas variadas relações de negócio.

Para ele, o fundamento de existência da fé pública é a própria vida social, que pede estabilidade em suas relações, para que venham a ter “*evidência e permanência legais*”, isto é, são manifestações que procuram dotar as relações jurídicas de certeza e estabilidade, de autenticidade e indiscutibilidade.

Além de afirmar o significado e a representação exata e correta da realidade, a fé pública dá força probante aos documentos certificados pelo oficial público, que está sujeito ao regime de responsabilidades civil, penal e administrativa, caso ocorram desvios, deslizos ou incorreções no seu exercício.

Os notários, entretanto, embora sejam Oficiais Públicos, não são qualificados como servidores públicos, por não integrarem as estruturas administrativas próprias daqueles. Eles exercem a atribuição de profissionais no exercício de uma função pública de certificação, afirmação e depósito de documentos em regime privado de profissão liberal, submetida a severos controles hierárquicos, com mecanismos de seleção.

Rezende (2020) vai ainda além, alegando que:

Profissionalismo independente e fé pública aparecem indissolavelmente unidos a serviço do interesse público, assegurando a contribuição notarial ao princípio constitucional de segurança jurídica, perante a esfera privada, pois que os notários são portadores dessa garantia legalmente outorgada.

Logo, os atos praticados pelos notários são cobertos de fé pública, e, portanto, têm força contra os demais membros da sociedade.

3. INVENTÁRIO

Já discorreremos a respeito dos testamentos e da participação dos tabeliães em cada um deles.

Outro ato que pode ser praticado pelos tabeliães e notários, também revestido de fé pública, é o inventário.



Segundo Venosa (2003), a herança é considerada como um bem imóvel e unitário, mantendo-se os herdeiros em estado de comunhão até que se ultime a partilha.

Assim, há o interesse na descrição dos bens hereditários, tanto pelo interesse público, como pelo interesse dos credores do espólio.

“Desse interesse surge a necessidade de ser elaborado o inventário da herança.” (VENOSA, 2003, vol.VII, p. 46).

O inventário nada mais é do que a descrição dos bens da herança, de seu ativo e passivo, herdeiros, cônjuges, credores e demais envolvidos, para possibilitar o cálculo do imposto a ser pago - imposto sobre a doação e a transmissão *causa mortis* (ITCMD) - o eventual pagamento de credores e a partilha dos bens entre herdeiros e cônjuge.

O legislador permite duas formas de inventário, a judicial e a extrajudicial.

3.1. Inventário Judicial

O inventário judicial é um procedimento contencioso previsto no art. 610 do Código de Processo Civil, que diz:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

O artigo citado é claro. Se houver testamento, e aqui não interessa ao legislador a forma de testamento existente, o inventário deverá ser judicial.

Da mesma forma, se houver interessado incapaz, e aqui vale qualquer das incapacidades previstas na nossa legislação, menores de 16 (dezesseis) anos, interditos, curatelados *etc.*, havendo interessado incapaz, o inventário deverá ser judicial, para que seja possível a intervenção do Ministério Público.

3.2. Inventário Extrajudicial

O inventário extrajudicial está previsto nos parágrafos do citado art. 610, CPC:

Art. 610 (...)

§1º **Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública**, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

(Grifamos)

Portanto, são três os requisitos para que o inventário siga o procedimento extrajudicial: todos os interessados devem ser capazes, todos devem concordar com o inventário e com o plano de partilha e todos os interessados devem estar assistidos por advogado ou por defensor público.

Preenchidos os três requisitos, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, que, posteriormente, será registrada e terá força para ser oposta contra a sociedade, em decorrência da fé pública e de seus efeitos, como já explicado anteriormente.

O inventário extrajudicial é um procedimento mais célere do que o judicial, pois o pedido inicial e os documentos dos interessados e dos bens da herança são apresentados e estando tudo conforme, o que é verificado pelo tabelião, há a apuração do tributo a ser pago e, após, há seu registro, já determinando a partilha dos bens.



É um procedimento mais rápido do que o judicial porque não tem que esperar a movimentação pelo Juízo, em concorrência com todos os demais processos, nem precisa aguardar pareceres do Ministério Público, tampouco publicações e intimações.

Assim, quando os herdeiros são capazes e concordes, o procedimento extrajudicial tem sido o escolhido para se fazer o inventário e a partilha dos bens deixados em herança.

4. A AÇÃO DE ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO

Farias (2015, p.28), diz que se trata de “procedimento autônomo de jurisdição voluntária, preambular ao inventário, como condição para a realização da partilha, deixando de lado a oportunidade de facilitação procedimental.”

Seria uma investigação judicial sobre a validade da declaração de última vontade. De acordo com o art. 735 e 736 do Código de Processo Civil:

Art. 735. **Recebendo testamento cerrado, o juiz, se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença do apresentante.**

§1º Do termo de abertura constarão o nome do apresentante e como ele obteve o testamento, a data e o lugar do falecimento do testador, com as respectivas provas, e qualquer circunstância digna de nota.

§2º Depois de ouvido o Ministério Público, **não havendo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento.**

(...)

Art. 736. Qualquer interessado, **exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento, observando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 735.**

Este é o fundamento legal para a existência da Ação de Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento.

Analisando o art. 735 citado, percebemos que ele busca proteger a herança de testamentos que tenham sido “fabricados”. O legislador quis proteger o testador de testamento cerrado e seus herdeiros de possíveis golpes. Assim, o testamento cerrado deve ser apresentado ao juiz, que verificará se houve rompimentos do lacre ou qualquer outro indício que possa levar à nulidade ou à declaração de falsidade do testamento. Estando tudo aparentemente dentro da lei, o juiz abrirá o testamento cerrado e o escrivão o lerá na presença de quem o apresentou. De todo esse procedimento se fará um termo. Após, será ouvido o Ministério Público. Estando tudo conforme e não havendo dúvidas, o testamento será registrado, arquivado e cumprido.

Há todos esse procedimento, segundo Farias (2015, p.29), para que haja “um verdadeiro controle de validade do negócio jurídico celebrado, por conta do seu maior grau de insegurança.”

O art. 736, no entanto, é usado para estender a necessidade de existência da Ação de Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento no caso de testamento público. Esse tema será tratado no próximo tópico.

5. TESTAMENTO PÚBLICO E INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

O Código de Processo Civil traz, em seu art. 190, a chamada cláusula geral de possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, como manifestação do princípio do autorregramento da vontade no processo. *In litteris*:



Art. 190. Versando o processo sobre **direitos que admitam autocomposição**, é lícito às **partes plenamente capazes** estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, **recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.** (Grifamos)

Trata-se de possibilidade de acordo sobre o procedimento em si, “com vistas a adaptar o procedimento contemplado na legislação para aquele caso às suas peculiaridades de interesses específicos, de acordo com sua conveniência.” (FARIAS, 2015, p.30).

Com a possibilidade de alteração do procedimento por acordo das partes prevista no art. 190, CPC, em mente, direcionamos o foco para o Direito das Sucessões.

Como já foi dito, quando as pessoas envolvidas são capazes e estão de acordo, já há a possibilidade procedimental extrajudicial para o inventário, art. 610, §1º.

O que parece absolutamente injustificável sob essa ótica é a necessidade de haver homologação judicial de um testamento público através de Ação de Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento, quando envolver apenas pessoas capazes e concordes quanto à partilha.

Haver a vedação da via cartorária na situação em que há um testamento público não faz sentido, porque o testamento público cumpriu todos os ditames da lei para existir e foi registrado em cartório, com um tabelião participando e atestando tudo, pelo que está investido de fé pública.

Exigir que seja necessária uma Ação de Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento para que um testamento público possa ser executado só teria algum sentido quando há incapazes, total ou parcialmente, entre os interessados, porque, neste caso, é necessária a curadoria do Ministério Público como *custos legis*, para garantir que os direitos dos incapazes serão cumpridos.

Mas, exigir a ação judicial quando há um testamento público e só há interessados capazes e concordes vai contra a intenção do legislador ao autorizar o procedimento cartorário com o intuito de facilitar e agilizar o inventário e a partilha da herança.

Observa Tartuce (2015, p.483):

os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, o fim social da Lei n. 11.441/07 foi a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete.

Portanto, quando o testamento cumpriu todos os requisitos estabelecidos nos arts. 1.857, 1.860, parágrafo único, e 1.864 do Código Civil, ou seja, o testador estava em pleno exercício de suas faculdades mentais, resguardou a legítima dos herdeiros necessários, bem como a meação da viúva e seguiu o trâmite do cartório, tendo sido inscrito em livro de notas, lavrado na presença de duas testemunhas, lido e assinado pelo testador, testemunhas e tabelião.

Havendo a declaração de que todos os herdeiros são maiores, capazes e concordes, nos termos do art. 982 do CPC e art. 1º da Lei nº 11.441/07, além de estarem



todos de acordo com a execução do testamento, o caminho lógico deveria ser a abertura de inventário extrajudicial, sem sequer a necessidade da ação aqui analisada.

Nesse sentido foi modificado o Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, que dispõe:

814-A. O inventário poderá ser realizado por escritura pública na via extrajudicial, mesmo quando existente o testamento, desde que este esteja revogado, caduco ou invalidado por decisão judicial transitada em julgado, hipóteses em que o tabelião solicitará a certidão do testamento. (redação acrescentada por meio do Provimento n. 18, de 23 de novembro de 2017)

§1º O inventário poderá ser realizado na via extrajudicial, ainda, quando tenha ocorrido a abertura do testamento em juízo e o cumprimento de todas as disposições testamentárias. (redação acrescentada por meio do Provimento n. 18, de 23 de novembro de 2017) (Grifamos)

Apesar de manter a necessidade da Ação de Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento, a Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina passou a permitir que, uma vez ocorrida a abertura do testamento em juízo, o inventário poderá ser realizado na via extrajudicial. O mesmo já estipularam as Corregedorias-Gerais das Justiças dos Estados de São Paulo e do Paraná.

6. NOVO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A deflagração do inventário extrajudicial quando há testamento público é o mais recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto, apresentado no julgamento do REsp 1.808.767, de 15/10/2019, fazendo uma leitura sistemática do caput e do §1º do art. 610 do Código de Processo Civil, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do Código Civil:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS INTERESSADOS SEJAM MAIORES, CAPAZES E CONCORDES, DEVIDAMENTE ACOMPANHADOS DE SEUS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DOS ENUNCIADOS 600 DA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF; 77 DA I JORNADA SOBRE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS; 51 DA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CJF; E 16 DO IBDFAM.

1. Segundo o art. 610 do CPC/2015 (art. 982 do CPC/73), em havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. Em exceção ao caput, o § 1º estabelece, sem restrição, que, se todos os interessados forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

2. O Código Civil, por sua vez, autoriza expressamente, independentemente da existência de testamento, que, "se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz" (art. 2.015). Por outro lado, determina que "será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz" (art. 2.016) – bastará, nesses casos, a homologação judicial posterior do acordado, nos termos do art. 659 do CPC.

3. Assim, de uma leitura sistemática do caput e do § 1º do art. 610 do CPC/2015, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do CC/2002, mostra-se possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente.



4. A mens legis que autorizou o inventário extrajudicial foi justamente a de desafogar o Judiciário, afastando a via judicial de processos nos quais não se necessita da chancela judicial, assegurando solução mais célere e efetiva em relação ao interesse das partes. Deveras, o processo deve ser um meio, e não um entrave, para a realização do direito. Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, socorram-se da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça.

5. Na hipótese, quanto à parte disponível da herança, verifica-se que todos os herdeiros são maiores, com interesses harmoniosos e concordes, devidamente representados por advogado. Ademais, não há maiores complexidades decorrentes do testamento. Tanto a Fazenda estadual como o Ministério Público atuante junto ao Tribunal local concordaram com a medida. Somado a isso, o testamento público, outorgado em 2/3/2010 e lavrado no 18º Ofício de Notas da Comarca da Capital, foi devidamente aberto, processado e concluído perante a 2ª Vara de Órfãos e Sucessões.

6. Recurso especial provido.

Percebemos e rechaçamos a prática do Poder Judiciário de criar entendimento em descarado confronto à lei, talvez até usurpando a função do Poder Legislativo, mas não podemos negar que este novo entendimento busca a solução mais célere e efetiva aos interesses dos herdeiros, além de aliviar a carga processual do Judiciário.

Nesse caminho salientou o Min. Luis Felipe Salomão, relator do processo citado:

Ora, o processo deve ser um meio e não um entrave à realização do direito. Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em se proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, se socorram da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça.

A decisão, contudo, apesar de ser um passo, não livra os herdeiros do procedimento judicial para a abertura e registro do testamento. No entanto, seu cumprimento poderá se dar através da via extrajudicial cartorária.

O tempo de tramitação, entretanto, deve ser bem menor, porque a Ação de Abertura e Registro de Testamento costuma ter processamento rápido, assim como o processo extrajudicial de inventário e partilha.

CONCLUSÃO

Várias são as formas de testamento e dentre elas está o testamento público, que é o que tem forma mais rígida e que fica registrado em cartório, inclusive o seu conteúdo.

O tabelião ou notário, embora não sejam servidores públicos, estão investidos de função pública, que é a de afirmar a veracidade dos documentos e assegurar que foram elaborados em conformidade com a legislação vigente. Neste *munus publico* os atos por eles cometidos têm fé pública, ou seja, são cobertos por uma aura de veracidade que vale contra todos os membros da sociedade.

Em 2007, através da Lei nº 11.441, o Poder Legislativo decidiu facilitar a vida dos cidadãos e desonerar o Poder Judiciário. Aquela lei previu a possibilidade de se fazer o procedimento de inventário e partilha de herança através da via extrajudicial, em cartório.

O procedimento facilitador e mais célere é previsto apenas para as situações em que os herdeiros são capazes e estão de acordo com o inventário e com o plano de partilha.



Entretanto, o Código de Processo Civil, em seu art. 610, §1º, não autoriza que o procedimento extrajudicial seja utilizado quando há testamento. Aqui o legislador não se importou com a modalidade de testamento existente.

Ora, quando há um testamento público, já registrado e, portanto, munido de fé pública, e quando os herdeiros são capazes e concordes, não há motivo para que sejam impedidos de utilizar a via extrajudicial.

Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando, em 15/10/2019, ao julgar o REsp 1.808.767/RJ, decidiu que o inventário pode ser feito na via extrajudicial mesmo quando houver testamento, desde que este seja prévia e judicialmente registrado.

Assim, o STJ manteve a necessidade da Ação de Abertura e Registro de Testamento, deixando o seu cumprimento para o cartório, através do processo de inventário extrajudicial.

No mesmo sentido já se manifestaram as Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo.

O curso recomendado a ser adotado é o protocolo a Ação de Abertura e Registro de Testamento antes do protocolo do processo de inventário extrajudicial, mas com o cuidado de não se extrapolar o prazo de 60 (sessenta) dias para a abertura do inventário, o que acarretaria em multa sobre o valor do imposto a ser pago. Caso a ação judicial não tenha sido julgada e se aproxime o prazo final para o protocolo do inventário, pode-se pedir a sua abertura e a sua suspensão, até que a ação judicial seja sentenciada.

O Superior Tribunal de Justiça deu o primeiro passo no sentido de facilitar e agilizar o cumprimento dos testamentos públicos, porém é necessário continuar trilhando este caminho, para que cheguemos a reconhecer no testamento público a fé pública da qual está vestido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGO, Camille Wilsek. STJ autoriza a realização de inventário extrajudicial mesmo quando falecido deixou testamento. **Migalhas**: 2019. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/314534/stj-autoriza-a-realizacao-de-inventario-extrajudicial-mesmo-quando-o-falecido-deixou-testamento>. Acesso em 23/junho/2020.

BARRA, Kélcio Bandeira. **Fé Pública no Estado Democrático de Direito e Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 876/2019 (Delegação da Fé Pública Notarial à Advogados e Contadores)**. 2019. Disponível em:

<https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2019/05/FE%CC%81-PU%CC%81BLICA-NO-ESTADO-DEMOCRA%CC%81TICO-DE-DIREITO-1.pdf>. Acesso em 17/junho/2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **O cumprimento de testamento no novo código de processo civil e a possibilidade da adaptação procedimental (cláusula geral negocial) do inventário**. Revista de Direito, 2015. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiS78-_gqfqAhUQLLkGHe0EDcsQFjAMegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufv.br%2Frevistadir%2Farticle%2Fdownload%2F1670%2F736%2F&usq=AOvVaw11g5Y5gHag9uOyYVkxmfE0. Acesso em 29/junho/2020.

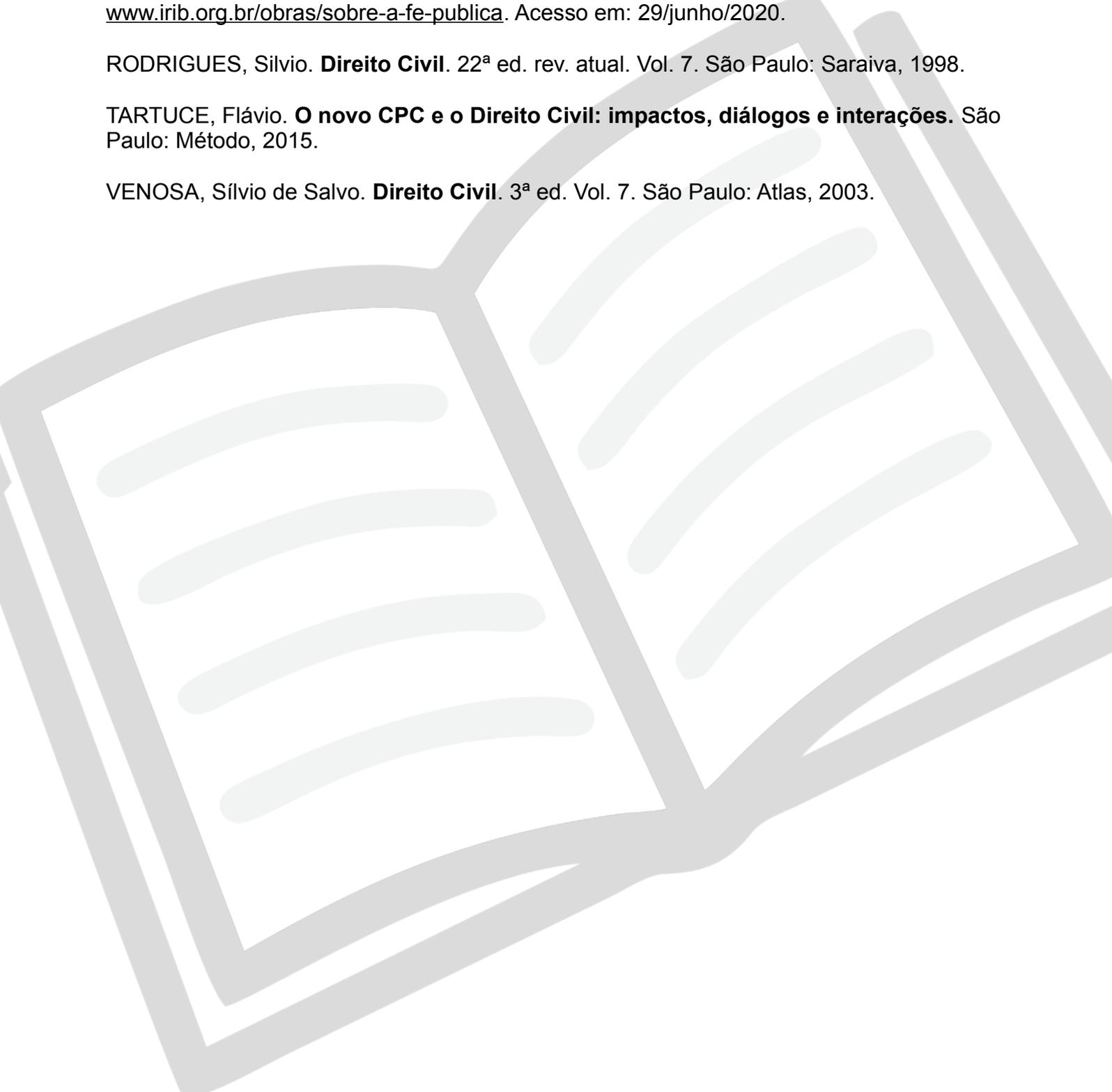


REZENDE, Afonso Celso Furtado de. **Sobre a fé pública.** In Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, Biblioteca Dr. Gilberto Valente da Silva. 2019. Disponível em: <https://www.irib.org.br/obras/sobre-a-fe-publica>. Acesso em: 29/junho/2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 22^a ed. rev. atual. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 3^a ed. Vol. 7. São Paulo: Atlas, 2003.





A CRIMINALIZAÇÃO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA

Marina Gonçalves Mendonça Benvenuti¹

Resumo: O Estado tem o dever de exigir da sociedade o pagamento regular dos tributos a fim de manter em funcionamento a máquina pública. Utiliza-se, para tanto, de meios como o cadastro da dívida em Certidão de Dívida Ativa e a Execução Fiscal. Tratando-se de pessoas jurídicas, utiliza programas governamentais, como o REFIS, visando o parcelamento do débito pela empresa e a arrecadação aos cofres públicos. No entanto, as empresas, principalmente aquelas em situação de crise financeira, optam por aproveitar-se das facilidades proporcionadas pelo Estado e retardam o pagamento dos tributos tanto quanto possível. Porém, se faz importante observar os recentes entendimentos dos Tribunais Superiores quando se trata do inadimplemento do ICMS, vez que, no caso deste tributo, o responsável pelo seu pagamento é o consumidor, sendo a empresa mera depositária para fins de recolhimento aos cofres públicos. Assim, as recentes decisões judiciais tem sido no sentido de que a conduta de deixar de recolher, no prazo legal, o ICMS, constitui em crime tipificado pelo Art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, passível de detenção do responsável. Por outro lado, juristas alegam que o Direito Penal é a *última ratio*, portanto, recorrer à prisão por dívida de tributos transforma o Direito Penal em instrumento de política fiscal, a qual já possui os meios coercitivos necessários a favor do poder público. Fato é que os empresários precisam estar atentos aos novos entendimentos judiciais a fim de não cometerem crimes em razão da dívida tributária da pessoa jurídica a qual representa.

Palavras-chave: Dívidas Tributárias. Pessoa jurídica. Consequências. ICMS. Criminalização.

INTRODUÇÃO²

Sendo a cobrança dos tributos por parte do governo uma aplicação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, assim como a indisponibilidade do interesse público, o ato de tributar e exigir o pagamento é uma atividade vinculada do Estado.

Por outro lado, dentre os contribuintes, tem-se a pessoa jurídica que enfrenta dificuldades financeiras por inúmeros motivos. Diante da necessidade de manter sua operação, muitas empresas optam pela dívida tributária, respaldadas por políticas de parcelamento propostas pelo próprio Estado.

Embora tal conduta seja considerada comum por muitos empresários, há entendimentos jurisprudenciais, amparados pela Lei nº 8.137/1990, de que, em determinados impostos, a conduta de não repassar ao governo o tributo devido constitui crime passível de punição penal.

Com o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, o qual denegou pedido em ação de *Habeas Corpus*, o assunto voltou a ser discutido entre juristas e doutrinadores.

Sendo a penalização criminal uma consequência bastante severa para o inadimplemento tributário, este artigo tem como objetivo trazer esclarecimentos e entendimentos acerca do tema, visando ampliar o conhecimento tanto de empresários como de juristas.

Para tanto, serão abordados conceitos acerca da dívida tributária, bem como será feita breve discussão sobre o motivo pelo qual as empresas incorrem nesta prática, possibilitando, assim, tratar das consequências e da possível criminalização da dívida tributária.

1. Servidora pública do Município de Joinville. Graduada em Administração de Empresas e Negócios. Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade CNEC de Joinville. E-mail: marinahmendonca@gmail.com.

2. Versão adaptada e atualizada do artigo segundo colocado do concurso de artigo jurídicos promovido pela Harger Advogados Associados em 2019.



1. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS: CONCEITO

O estudo do tributo e da dívida tributária está inserido no ramo de estudo do Direito Público e, assim, deve ser analisado sob a ótica principiológica da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, bem como, da indisponibilidade do interesse público.

Já de início, esse princípio se faz importante destacar, vez que o tributo é conceituado da seguinte forma pelo Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Sendo uma prestação pecuniária compulsória, portanto, cabe ao Estado o uso do seu poder de império e de suas prerrogativas de Direito Público para cobrar o tributo do particular, mediante atividade vinculada, a qual não admite discricionariedade por parte Poder Público.

Como exemplo, pode-se citar o IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, como destacado por Alexandre (2015), o qual decorre da supremacia do interesse público sobre o privado, pois independe de manifestação de vontade por parte do particular. Do mesmo modo, Alexandre (2015) explica que a indisponibilidade do interesse público está expressa no art. 150, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que traz a imposição constitucional de que qualquer subsídio, isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, que estejam relacionadas a impostos, taxas ou contribuições, somente poderão ser concedidos através de lei específica.

A partir do momento em que há hipótese de incidência de tributos cumulada com o fato gerador, surge a obrigação tributária, embora o tributo somente seja exigível com o seu respectivo lançamento (GUSMÃO, 2009, p. 70),

que é o conjunto de medidas adotadas pela autoridade administrativa para verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido e identificar o sujeito passivo.

O lançamento é, portanto, atividade de natureza declaratória que somente se efetivará com o exame da autoridade administrativa.

No entanto, poderá ser realizado mediante três modalidades de lançamento: pode ser realizado de ofício, nos termos do rol taxativo do art. 149 do CTN, sem haver a participação do particular; por declaração, ocorrendo quando, conforme Art. 147, CTN, o sujeito passivo ou ativo presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação; e, por fim, por homologação, nos termos do Art. 150, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Havendo o respectivo lançamento, haverá o crédito tributário em favor do Estado o que, conseqüentemente, constitui em dívida tributária a ausência do pagamento do mesmo por parte do contribuinte ou responsável. Em outras palavras, significa dizer que



“a dívida tributária é causada pelo não pagamento de determinado tributo, na qual, é exigido de forma obrigatória” (KONCIKOWSKI, 2019).

Outrossim, não havendo o respectivo pagamento da obrigação tributária, esta será inscrita em Dívida Ativa Federal, Estadual ou Municipal, a depender do tributo devido, como descrito no Art. 201, do CTN:

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Importante salientar que se trata de tributo devidamente registrado nas contas do governo, o qual deixou de ser pago ou foi pago com atraso por algum motivo, seja pela pessoa física ou pela empresa, diferente da sonegação fiscal, como será abordado no tópico 4, o qual trata da criminalização da dívida tributária.

Assim, pode-se concluir que o Estado tem a obrigação de cobrar os tributos dos contribuintes, que por consequência, tem o dever de efetuar o pagamento, e assim, deixando de fazê-lo, o contribuinte pessoa física ou jurídica será inscrito em Dívida Ativa, causando uma série de gravosas consequências para si.

Embora as consequências sejam graves para ambas as naturezas jurídicas, cabe, neste artigo, abordar com maior detalhamento, a dívida tributária sob o ponto de vista da pessoa jurídica. Para tanto, nos tópicos a seguir serão discutidas as razões e implicações pelas quais as empresas incorrem em dívidas tributárias.

2. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS NAS EMPRESAS

O alto nível de inadimplência tributária teve início no Brasil com a crise econômica que ocorreu nos anos de 2015 e 2016. Entretanto, a economia brasileira vem desacelerando desde o ano de 2011, segundo o BNDES (2018), e isso se deu por vários motivos, entre eles, os fatores institucionais, como a perda da credibilidade no cenário político.

De acordo com relatório do BNDES, de abril de 2018, “a profunda retração econômica do período causou deterioração de todo o cenário macroeconômico, prejudicando as empresas e famílias”.

As empresas passaram, então, a enfrentar grandes dificuldades financeiras e tiveram que se adaptar ao novo cenário. Somado a isso, tem-se a alta carga tributária no país, uma das mais altas no mundo, com uma alíquota de 34% de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (RABELLO; OLIVEIRA; 2015).

Buscando saída para a situação, algumas empresas optaram pela inovação, mudança do ramo de atuação, redução de custos, corte de empregos *etc.*, outras optaram pela inadimplência do pagamento dos tributos, com o objetivo de trabalhar com o dinheiro do governo e evitar a falência do negócio.

Ou seja, entre deixar de pagar os funcionários ou os fornecedores e deixar de pagar o Estado, muitas empresas optaram por ficar em dívida com o governo. É o que afirma Renato Jakitas para o Jornal O Estado de São Paulo, em reportagem veiculada em março de 2017:

a deterioração do cenário macroeconômico nos últimos anos obrigou as empresas, sobretudo as pequenas e médias, a escolherem entre o pagamento de fornecedores ou o recolhimento de impostos. (...) No caso de Humberto Gonçalves, dono de uma indústria de forja e estamparia há 24 anos na cidade de



São Paulo, a recessão levou à suspensão completa de pagamento de impostos. “Os últimos quatro anos estão críticos. Teve um mês em que eu não consegui pagar o ICMS de 18%. No outro mês eu estava, portanto, devendo o novo mês, o mês passado e mais 20% de juros pelo atraso. Daí para frente, a situação se desenrolou como uma bola de neve”, conta ele, que contabiliza uma dívida de mais de R\$ 1 milhão em impostos.

São situações como essa que levam o empresário a utilizar os programas de parcelamento do governo, que tem como objetivo reduzir o índice das dívidas tributárias no país, como por exemplo, o REFIS (Programa de Recuperação Fiscal), “criado para regularização de débitos de empresas e pessoas, ou seja, é um programa de parcelamento de pessoas jurídicas e físicas” (SCALON, 2019).

Sob avaliação superficial, essa parece ser uma solução realmente atrativa para as empresas, pois, por qual motivo uma empresa optaria por pagar os impostos em dia, se pode usar o recurso em seu fluxo de caixa e efetuar o parcelamento do débito, além de outros benefícios propostos pelo REFIS?

Apesar de parecer ser a melhor saída para a crise financeira, o inadimplemento do tributo causa uma série de consequências graves para as empresas, que serão vistas no tópico a seguir.

3. CONSEQUÊNCIAS DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA EMPRESARIAL

Com o inadimplemento do tributo, a Fazenda está apta a inscrever o contribuinte em Dívida Ativa, o que ocorrerá por procedimento administrativo que tornará a dívida um título líquido e certo, imediatamente exequível, consoante o previsto nos Arts. 201 e 204 do Código Tributário Nacional.

De acordo com GUSMÃO (2009), é jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça que a falta de recolhimento do tributo devidamente constituído, traz, entre outras, as seguintes consequências: a) autorizar sua inscrição em Dívida Ativa; b) fixar o prazo de prescrição da sua cobrança; c) impedir a expedição de certidão negativa de débitos de qualquer natureza e d) impossibilitar a denúncia espontânea.

A Dívida Ativa será cobrada pela Fazenda através da ação de Execução Fiscal, possibilitando que os bens do contribuinte sejam penhorados, “inclusive contas bancárias, imóveis, automóveis, créditos recebíveis e faturamento” (FORTES, 2019).

Além disso, FORTES (2019), elenca outras graves consequências:

- 1) A partir da data da inscrição, toda a alienação de bens é considerada fraudulenta caso não restem bens suficientes para saldar a dívida, e pode ser desconsiderada pelo Fisco;
- 2) Se o valor da dívida superar 30% do patrimônio conhecido, pode ser ajuizada medida cautelar fiscal, que provoca a indisponibilidade de todo ativo imobilizado da empresa e de todos os bens do acionista controlador e do gestor;
- 3) A certidão da dívida ativa pode ser levada a protesto;
- 4) Inscrição no Cadastro de Inadimplentes – CADIN e impossibilidade de obtenção de Certidão Negativa de Débitos, inviabilizando a participação em concorrências públicas, contratação de empréstimos bancários em bancos públicos e privados, contratação com empresas que praticam *tax compliance*, dentre outros;
- 5) No âmbito federal, imposição do encargo legal de 20% sobre a dívida.

Porém, em determinadas situações, a dívida tributária pode causar consequências ainda mais graves, como processos criminais pelo cometimento de crimes, como o crime contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.



Diante desta situação extremamente grave, serão vistos no próximo tópico as práticas passíveis de punição na esfera penal, bem como os entendimentos jurisprudenciais e de juristas sobre o tema.

4. CRIMINALIZAÇÃO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA

Quando se trata de criminalização relacionada a tributo, a primeira conduta que se visualiza é a conduta da sonegação fiscal, prevista inicialmente pela Lei nº 4.729/1965. Segundo este dispositivo, o crime de sonegação fiscal consiste em:

Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Há, no entanto, entendimento da doutrina majoritária, segundo Nunes (2014) no sentido de que esta lei foi revogada tacitamente quando entrou em vigor a Lei nº 8.137/1990 que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Sob o ponto de vista tributário, a legislação traz em seu bojo dois artigos, tipificando basicamente duas condutas como crime: a supressão ou a redução de tributo ou acessório, como observa-se:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:



- I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;
- II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
- III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
- IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;
- V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (grifo nosso).

Através da leitura do dispositivo fica claro que a principal conduta a ser penalizada é a fraude e/ou omissão de informações que possam reduzir o valor do imposto a ser pago ou até mesmo eximir o contribuinte de pagá-los.

Cabe, no entanto, destacar de que trata inciso II do art. 2º, vez que este dispositivo é de grande importância na administração financeira e tributária empresarial e não diz respeito à fraude ou omissão como os demais incisos.

Isso porque, na conduta do inciso II, há a devida declaração ao Fisco do valor do tributo a ser recolhido, porém a ilicitude está no ato de não repassar aos cofres públicos o valor declarado.

Há entendimentos jurisprudenciais no sentido de que o não recolhimento ao Fisco de tributo constitui mero inadimplemento, entretanto, a discussão que se pretende trazer aqui é quando esse tributo é arrecadado de terceiros e a empresa deixa de efetuar o repasse, o que tem se caracterizado como a conduta típica do tipo penal acima destacado.

No caso do Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS), por exemplo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Santa Catarina tem condenado o contribuinte que declara o imposto, mas não o recolhe no tempo previsto, veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI 8.137/90, ART. 2º, II) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES - COMERCIANTE QUE SE APROPRIA DO IMPOSTO COBRADO OU DESCONTADO DE TERCEIRO A TÍTULO DE ICMS E NÃO REPASSA AO FISCO - DECLARAÇÃO NA DIMES QUE NÃO AFASTA A OBRIGAÇÃO DE RECOLHER O TRIBUTO - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO QUE TIPIFICA O CRIME - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA AFASTADA - DOLO EVIDENCIADO - CONDUTA TÍPICA QUE SE CONSUMA COM A SIMPLES OMISSÃO DE RECOLHER A VERBA DEVIDA - MERO INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADO - SANÇÃO DE ORDEM PENAL QUE NÃO SE APROXIMA DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA - PRECEDENTES - SENTENÇA MANTIDA.

I - O crime de sonegação fiscal, tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, ocorre quando o agente que, como contribuinte de direito, declara o valor do ICMS, mas não o recolhe aos cofres públicos, aquilo que lhe é devido por força de lei.

II - Em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o Tema n. 937, declarando a constitucionalidade do "tipo previsto no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, por não se figurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil".

III - **A conduta de não recolher o ICMS é plenamente típica e merece repressão de ordem penal**, afastando qualquer possibilidade de aproximação da prisão civil disposta no art. 5º, LXVII, CRFB. PREQUESTIONAMENTO -



MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DOS DISPOSITIVOS SUPOSTAMENTE VIOLADOS - DESNECESSIDADE. Segundo entendimento consolidado na jurisprudência, mostra-se desnecessário que haja expressa menção sobre dispositivos tidos por violados, ficando satisfeito com a apreciação da matéria ventilada no recurso. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0900072-83.2015.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 15-08- 2019). (grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. NÃO RECOLHIMENTO DE IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ART. 2º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990), POR SEIS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE EVIDENCIADAS. **PLEITEADO O RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVIABILIDADE.** TIPO PENAL QUE TRATA DO NÃO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO INDIRETO. CONTRIBUINTE DE DIREITO (**EMPRESÁRIO**) QUE, NA QUALIDADE DE MERO DEPOSITÁRIO, TEM O DEVER DE REPASSAR AO FISCO O IMPOSTO JÁ RECOLHIDO DO CONTRIBUINTE DE FATO (CONSUMIDOR). IMPORTE QUE NÃO SE DESTINA A SANAR CONTINGÊNCIAS EMPRESARIAIS. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PROVAS DAS ALEGADAS DIFICULDADES FINANCEIRAS. ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABE A QUEM ALEGA. RÉUS QUE NÃO SE DESINCUMBIRAM DE TAL MISTER.

Tratando-se de tributo indireto, encontra-se a empresa - na qualidade de contribuinte de direito - como espécie de mera depositária do valor já cobrado do consumidor - dito contribuinte de fato -, cabendo-lhe apenas repassar aos cofres públicos o tributo já recolhido, não podendo se valer do importe para sanar suas dificuldades financeiras. A mera alegação de que a empresa passava por dificuldades financeiras à época da sonegação, sem a devida comprovação - não tendo os réus se desincumbido, portanto, do ônus que lhes cabia, na medida em que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer", conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal -, não se faz suficiente para afastar a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DO PRAZO PRESCRICIONAL. INACOLHIMENTO. MANIFESTADA INTENÇÃO DE PROMOVER O PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DE QUALQUER ATO A RESPEITO JUNTO AO FISCO. ÔNUS NÃO ATENDIDO PELA DEFESA. OUTROSSIM, CONSULTA AO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE DEMONSTRA O NÃO PARCELAMENTO E A NÃO QUITAÇÃO DA DÍVIDA. Não comprovada pelo réu a promoção de ato concreto indicativo da pretensão de parcelar a dívida tributária junto ao fisco, ônus que lhe cabia, em exegese ao artigo 156 do Código de Processo Penal, inviável a suspensão da pretensão punitiva estatal, devendo prosseguir a persecução criminal. RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.060959-2, de Joinville, rel. Des. Newton Varella Júnior, Quarta Câmara Criminal, j. 11-12-2014). (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990). ALEGADA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DO AGENTE. NÃO OCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP PREENCHIDOS. ARGUMENTO AFASTADO. PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARGUIÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TRIBUTO INDIRETO, INCLUÍDO NO PREÇO DA MERCADORIA COMERCIALIZADA OU NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. IMPOSTO PAGO PELO CONSUMIDOR, SENDO O COMERCIANTE MERO REPASSADOR DOS VALORES AO FISCO. PACIENTE SÓCIO ADMINISTRADOR DA PESSOA



JURÍDICA E, PORTANTO, RESPONSÁVEL PELA SUA GESTÃO E ADIMPLÊNCIA. EXEGESE DO ART. 11 DA LEI N. 8.137/1990. **APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUE SE SUBSUME AO TIPO PENAL DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. CONDUTA TÍPICA. DÍVIDA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM DE NATUREZA CIVIL. INADIMPLEMENTO QUE PREJUDICA TODA A COLETIVIDADE ELEVADO À CATEGORIA DE CRIME.** TESE DE AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO, CONSISTENTE NA INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO. INVIABILIDADE. RECUSA AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DEFINIDA EM LEI. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO. ANIMUS RÊM SIBI HABENDI DESNECESSÁRIO À COMPROVAÇÃO DA CONDUTA. TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE VERIFICADAS. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4012689- 54.2018.8.24.0900, de Brusque, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 19-06-2018). (grifo nosso).

Outrossim, esse também é o entendimento da 3ª Seção do STJ em recente decisão no *Habeas Corpus* nº 399.109/SC:

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição.

4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.

6. Habeas corpus denegado.



(STJ – HC:399109 SC 2017/0106798-0, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 22/08/2018, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 31/08/2018)

A decisão do STJ já foi objeto de fundamentação em acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ADUZIDA A ATIPICIDADE DA CONDUTA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. DENUNCIADO QUE DEIXOU DE RECOLHER ICMS PRÓPRIO, REGULARMENTE ESCRITURADO E DECLARADO. CONDUTA QUE EXTRAPOLA MERO INADIMPLEMENTO FISCAL. REPERCUSSÃO DO ICMS NO VALOR PAGO PELO CONSUMIDOR. TIPICIDADE DECORRENTE DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA DOS VALORES RETIDOS PELO CONTRIBUINTE DE DIREITO. TIPICIDADE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS AUTOS DO HC 399.109/SC. DECISÃO REFORMADA. DENÚNCIA RECEBIDA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0900824-71.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 22-08-2019).

Em dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Ordinário interposto no HC nº 399.109/SC, fixando a seguinte tese:

O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

Destaca-se que, conforme o Informativo do STF nº 963, o relator, Ministro Roberto Barroso, esclareceu que houve migração da conduta de sonegar os impostos para a conduta típica de apropriação indébita em razão da oscilação da jurisprudência do STJ acerca da atipicidade da conduta adversada.

Interessante destacar as premissas reputadas como importantes pelo Ministro para negar provimento ao recurso, segundo o referido Informativo:

(i) o Direito Penal deve ser sério, igualitário e moderado; (ii) o pagamento de tributos é dever fundamental de todo cidadão, na medida em que ocorra o fato gerador e ele exiba capacidade contributiva; e (iii) o mero inadimplemento tributário não deve ser tido como fato típico criminal, para que seja reconhecida a tipicidade de determinada conduta impende haver um nível de reprovabilidade especial que justifique o tratamento mais gravoso.

Ainda, o relator assevera, entre outras questões, que o crime de apropriação indébita tributária não comporta a modalidade culposa, sendo, portanto, imprescindível a demonstração do dolo e da inadimplência como *modus operandi* do devedor, o que o caracteriza como devedor contumaz.

Entretanto, alguns doutrinadores discordam desta tese. Gusmão (2009, p.148), por exemplo, afirma que a teoria da inexigibilidade de conduta diversa exime o agente de dolo vez que este não poderia agir de outra forma e, ainda, que esta teoria “é aplicável essencialmente ao crime previsto no inciso II do art 2º da Lei em questão”.

A excludente da culpabilidade que ocorre através da inexigibilidade da conduta diversa afastaria a punibilidade do contribuinte pessoa jurídica que comprovasse a insolvência da empresa. Hugo de Brito Machado *apud* Nunes (2014, p. 508), neste sentido, afirma que:



A nosso ver, a não exigibilidade de outra conduta configura-se sempre que, em situação de crise financeira, a opção pelo uso do dinheiro disponível para o pagamento de empregados e dívidas outras seja a única forma de manter a empresa em funcionamento, numa tentativa sincera de superação da crise, depois da qual a dívida tributária será paga.

Assim, segundo este entendimento, não haveria dolo na conduta de não repassar tributo à Fazenda Pública vez que esta seria medida excepcional frente à crise financeira enfrentada se devidamente comprovada pela empresa.

Para fazer garantir o repasse à Fazenda, existem outros meios que possibilitam a cobrança, como a inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, conforme dito anteriormente. Não cabendo, portanto, aplicação da lei penal nessa exigibilidade do pagamento tributário.

Esse também é o entendimento de alguns juristas, como Santiago e Bottini *apud* Pompeu (2019), ao passo em que argumentam que o Direito Penal é a última *ratio*, ou seja, deve ser aplicado apenas quando há extrema necessidade, seguindo o princípio da intervenção mínima do Estado.

Afirmam ainda que há, sim, configuração de crime “quando o não pagamento vier acompanhado de fraude, sonegação, dissimulação ou omissão dolosa de obrigações acessórias” (BOTTINI; SANTIAGO *apud* POMPEU, 2019). No entanto, para eles,

Recorrer à prisão por dívida de tributos, transformando o Direito Penal em instrumento de política fiscal, é, segundo eles, prática vedada pela Constituição e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ou seja, para os casos em que o contribuinte reconhece a dívida, ainda que deixe de pagá-la, a arrecadação tributária deve ser forçada por meio da execução fiscal, não da penal.

Os juristas que possuem esse entendimento visualizam que o objetivo da sanção é exclusivamente arrecadatório, não sendo esta a finalidade do Direito Penal (POMPEU, 2019). Conforme Campos (2018):

Desse modo, inequívoco o interesse arrecadatório do Estado, não há espaço para considerar como criminosa a conduta decorrente da inadimplência do ICMS devidamente apurado e declarado.

Cabe aqui trazer também o entendimento destes juristas quanto à responsabilização pessoal do sócio da empresa. Figueiredo *apud* Pompeu (2019) faz reflexão acerca da decisão do STJ no sentido de que

a mera inadimplência de tributo por uma empresa não permite que o Fisco cobre o crédito tributário do patrimônio pessoal do sócio, mas permite que o sócio seja preso por isso.

Este entendimento em relação ao patrimônio do sócio foi sedimentado pelo STJ na Súmula nº 430: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Outro entendimento do STJ pertinente ao tema é o de que trata o Informativo de Jurisprudência nº 611, o qual prevê que o pagamento do débito tributário é causa de extinção da punibilidade do acusado, mesmo que ocorra após o trânsito em julgado da



sentença penal condenatória. Embora o pagamento seja causa de extinção da punibilidade, frisa-se que o parcelamento é causa de suspensão:

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DA DÍVIDA - NÃO ACOLHIMENTO - AUSÊNCIA PAGAMENTO INTEGRAL. "O parcelamento do débito tributário na vigência da Lei n. 10.684/03 somente resulta na suspensão da pretensão punitiva da prescrição, e na extinção da punibilidade se houver regularidade nos pagamentos ou a quitação integral do débito [...]" (STJ, Min. Jorge Mussi). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0900142- 90.2015.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 27-11-2018).

Assim, tratando-se dos crimes contra ordem tributária, esta diferenciação é de extrema importância, inclusive de ordem prática.

Também se faz importante esclarecer que a discussão teve origem com a decisão do STF ao julgar o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 999.945/SC, na qual o ministro Ricardo Lewandowski declarou, com o voto da maioria, a constitucionalidade da conduta prevista no Art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 (CAMPOS, 2018).

Até então ficava a dúvida entre os juristas se tal dispositivo seria constitucional, frente à confusão da dívida tributária com a dívida civil à luz da garantia constitucional de impossibilidade de prisão civil, nos termos do Art. 5º, inciso LXVII, CF/88: "não haverá prisão civil por dívida, salvo se o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel".

Sendo assim, o entendimento firmado (aqui provado através da jurisprudência colacionada) é o de que o não pagamento do ICMS retido pelas empresas não configura tipo de prisão civil e, sim, penal, pois a conduta de receber o tributo do consumidor e não repassar ao fisco por parte da empresa (que atua como depositária) consiste em crime.

Tratando-se do HC 399.109, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, em defesa dos réus, apresentou defesa prévia nos autos da Ação Penal nº 0900163-54.2015.8.24.0011, sustentando em síntese, a atipicidade da conduta sob o argumento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.137/90, bem como da impossibilidade de enquadrar o ICMS no tipo penal do Art. 2º, inciso II, "uma vez que no referido tributo não haveria qualquer desconto ou cobrança de terceiros" (Juiz Subst. Antonio Marcos Decker, 28 julho 2016. Vara Criminal de Brusque).

O Magistrado, Juiz Antônio Marcos Decker, trouxe em sua sentença, datada de 28 de julho de 2016, a seguinte afirmação:

Importa registrar que a adequação típica da conduta de *deixar de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS devidamente declarado* pelo contribuinte de direito, nos termos da legislação tributária, é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência. Isso porque o caráter indireto do tributo, cujo ônus financeiro do encargo repercute na cadeia de consumo, gera o debate se o valor do imposto é *cobrado/descontado* ou não do consumidor, de *modo a delimitar se o contribuinte de direito (o empresário) dele se apropria ou não em detrimento do fisco*.

Neste particular, este magistrado não desconhece a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de que, dada a repercussão econômica do encargo, o consumidor é contribuinte de fato e, portanto, restaria caracterizada a conduta típica porque o valor dele "cobrado" não seria recolhido no prazo legal pelo empresário, dito "responsável tributário".

E trouxe ainda posição da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, na qual entende que o contribuinte de ICMS que declara o tributo mas não o recolhe no prazo,



não incorre em crime. Inclusive, recentemente, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, em posição divergente da adotada pela quinta turma, sufragou o entendimento de que não caracteriza crime, mas mero inadimplemento tributário, a conduta do contribuinte de ICMS que declara e deixa de recolher o valor devido no prazo legal, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. O delito do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.

2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria.

3. Recurso desprovido.

(REsp 1543485/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016)

Sob esse entendimento, os réus foram absolvidos sumariamente, o que, diante da apelação do Ministério Público, foi reformado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e ratificado pelos tribunais superiores.

Em que pese a matéria ainda ser objeto de discussão jurídica em razão da divergência de entendimentos, é importante frisar que, tratando-se de pessoa jurídica, é preciso haver muita cautela quando se trata de dívida tributária.

Ainda que não haja omissão do tributo devido, ou dolo no seu inadimplemento, é preciso que os sócios se assegurem das consequências que a dívida tributária pode causar tanto para sua empresa, como para si mesmos.

CONCLUSÃO

O presente artigo tinha como objetivo trazer esclarecimentos e entendimentos acerca da criminalização do empresário que esteja em dívida tributária junto ao governo.

De um lado, o interesse e a supremacia do interesse público respaldam os Poderes da União a punir criminalmente o sócio que não repassa o tributo, mesmo que declarado, sob o entendimento de que há dolo quando se trata de devedor contumaz.

De outro lado, os juristas e doutrinadores que estudam o tema alegam que esta conduta governamental não está de acordo com princípio da intervenção mínima do Estado, o qual rege as normas de Direito Penal, e que existem outros meios coercitivos a favor do poder público para reaver o imposto inadimplido.

Fato é que o entendimento jurisprudencial está se tornando cada vez mais sólido e as empresas estão cada vez mais buscando alternativas para manter suas operações, levando ao não recolhimento tributário.

Assim, tem-se que o objetivo proposto foi atingido à medida que foi evidenciado o caráter sério e grave de determinadas decisões por parte de empresários, que culminam na sua responsabilidade civil e criminal.

Sendo este um tema bastante amplo, assim como divergente, há ainda muito que se discutir no âmbito jurídico-empresarial.

Entretanto, pode-se concluir previamente que é preciso haver proporcionalidade por parte das autoridades administrativas e judiciárias, bem como zelo e prudência por parte das empresas.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). **O crescimento da economia brasileira 2018-2023**. Abril de 2018. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14760/1/Perspectivas%202018-2023_P.pdf. Acesso em 05 agosto 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 agosto 2019.

BRASIL. Lei Nº 4.729, de 14 de julho de 1965. **Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4729.htm. Acesso em: 25 agosto 2019.

BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1986. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em 25 julho 2019.

BRASIL. Lei Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em 05 agosto 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 399.109 – SC** (2017/0106798-0), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado 22 agosto 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 611**. Publicado em 11 de outubro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2017.pdf. Acesso em 27 agosto 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Vinculante nº 430**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revistasumulas2014_41_capSumula430.pdf >. Acesso em 27 agosto 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0900072-83.2015.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 15-08-2019**. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=COMERCIANTE%20QUE%20SE%20APROPRIA&only_ementa=&frase=&id=AABA7AAGAAL6ttAAM&categoria=acordao_5>. Acesso em 20 agosto 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0900142-90.2015.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j.**



27-11-2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=extin%20da%20punibilidade%20pelo%20pagamento%20da%20d%20vida&id=AABAg7AAFAABUnWAAF&categoria=acordao_5>. Acesso em 29 agosto 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2013.060959-2, de Joinville, rel. Des. Newton Varella Júnior, Quarta Câmara Criminal, j. 11-12-2014.** Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=mero%20deposit%20rio,%20tem%20o%20dever%20de%20repassar%20ao%20fisco&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI0lgAAG&categoria=acordao>. Acesso em: 20 agosto 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus (Criminal) n. 4012689-54.2018.8.24.0900, de Brusque, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 19-06-2018.** Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=d%20tribut%20ria%20que%20n%20se%20confunde%20com%20d%20civil&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAALdkWAAA&categoria=acordao_5>. Acesso em 29 agosto 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso em Sentido Estrito n. 0900824-71.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 22-08-2019.** Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=HC%20399.109/SC&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAL60IAAL&categoria=acordao_5>. Acesso em 20 agosto 2019.

CAMPOS, André Eduardo. **STJ define que ICMS declarado e inadimplido configura o crime descrito no art. 2º, II, da lei 8.137/90 – A batalha pode estar perdida, mas a guerra continua...** Publicado em 03 set. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286617,21048-TJ+define+que+ICMS+declarado+e+inadimplido+configura+o+crime>>. Acesso em 27 agosto 2019.

FORTES, Fellipe Cianca. **Inadimplência fiscal: consequências do não pagamento dos tributos.** Marques Filho Advogados Associados. 04 Jun. 2019. Disponível em: <<https://marquesfilhoadvogados.com.br/inadimplencia-fiscalconsequencias/>>. Acesso em 08 agosto 2019.

GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Direito Tributário.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAKITAS, Renato. **Com a recessão, empresas pararam de pagar impostos.** O Estado de São Paulo. Publicado em 12 de março de 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,com-a-recessao-empresas-pararam-de-pagar-impostos,70001695767>>. Acesso em: 05 agosto 2019

KONCIKOWSKI, Amauri Vonei. **Dívida Tributária se não parcelada prescreve em 5 anos. Fique atento.** Amauri Advogados. Disponível em <<https://amauriadvogados.com.br/295-2/>>. Acesso em 26 julho 2019.



NUNES, Pablísia Souza. **Crimes de sonegação fiscal e contra a ordem tributária.** Publicado em nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33414/crimes-desonegacao-fiscal-e-contra-a-ordem-tributaria>>. Acesso em 27 agosto 2019.

POMPEU, Ana. **Supremo julgará nesta terça-feira se cabe prisão por dívida de ICMS declarado.** CONJUR. Publicado em: 11 fevereiro 2019. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/stf-julgara-nesta-terca-cabe-prisao-dividaicms-declarado>> . Acesso em 26 agosto 2019.

RABELLO; Gabriel Gouvêa. OLIVEIRA; João Maria de. **Tributação sobre empresas no Brasil: comparação internacional.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Out. 2015. Disponível em : <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5714>>. Acesso em 08 agosto 2019

SCALON, Flavia. **Foi prorrogado até Junho adesão para regularização de Refis 2019.** Jornal Contábil. Publicado em 5 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/foi-prorrogado-ate-junho-adesao-pararegularizacao-de-refis-2019/>>. Acesso em 05 agosto 2019.



CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DAS EMPRESAS: A ÓTICA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Natalia Fernandes¹
Jani Floriano²

Resumo: O artigo trata sobre a cláusula compromissória arbitral nos contratos das empresas, sob a ótica dos Custos de Transação. O tema aborda a cláusula arbitral nos contratos das empresas, fazendo com que as mesmas mantenham o controle do processo, não dependendo de laudos ou sentenças que, muitas vezes, não satisfazem os interesses das partes em conflito. No Brasil, como o sistema judiciário acarreta uma quantia significativa as contas do governo, conseqüentemente, quanto mais processos jurídicos forem realizados no Brasil, maior será o custo para o governo e para as empresas que utilizarem o processo jurídico convencional, além do longo tempo para a sentença final. Com a utilização da cláusula compromissória arbitral nos contratos, as partes que entrarem em litígio, terão a possibilidade imediata de submeter-se ao meio de resolução de conflito extrajudicial: a arbitragem. O objetivo deste trabalho consiste em demonstrar através da ótica da Teoria dos Custos de Transação (TCT), juntamente com dados coletados das câmaras de arbitragens, como a cláusula arbitral nos contratos das empresas podem reduzir os custos de transação. A metodologia utilizada é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Como resultado, esta pesquisa demonstra as vantagens da utilização da cláusula arbitral nos contratos das empresas e como isso pode reduzir os custos de transação.

Palavras-chave: Custos de Transação. Cláusula Arbitral. Processos Extrajudiciais. Direito Empresarial.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o sistema judiciário traz números altíssimos as contas do governo, pois o acesso à justiça é sob os auspícios do Estado. E, perante a lei, o sistema tem que se apresentar igualmente acessível a todos. Segundo Santana (2018) o Estado há de produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Assim, conseqüentemente, quanto mais processos, maior será o custo para o governo e para as empresas que utilizarem o processo jurídico convencional.

A Lei Federal n. 13.140/15 teve o intuito de desafogar o judiciário e ajudar no combate a morosidade da justiça. Para Pedroso (2018) essas mudanças fazem com que as ações onde não haja litígio possam ser resolvidas extrajudicialmente e que a todos no âmbito judicial, são assegurados na duração do processo e nos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os procedimentos extrajudiciais tratam-se, segundo Bergamaschi (2015), de técnicas consensuais voluntárias de resolução de conflitos de interesses entre pessoas físicas e/ou jurídicas, na qual são utilizados métodos psicológicos para que uma terceira pessoa, estranha ao fato, denominada mediadora/arbitra/negociadora, participe do diálogo entre as partes litigantes para orientá-las sobre qual seria a melhor forma de solução do litígio, ajudando-as a analisar o real interesse que está originando o litígio e a impossibilidade de acordo entre elas.

Em tese, os procedimentos extrajudiciais, são bem-sucedidos em técnica de soluções de conflitos, pois com eles as empresas mantêm o controle do processo, não dependendo de laudos ou sentenças que nem sempre satisfazem os interesses das partes. Afinal, o processo só inicia se ambas as partes aceitarem iniciá-lo. Os processos podem ser divididos em 4 (quatro) modalidades: arbitragem, conciliação, mediação e

1. Acadêmica do Curso de Ciências Econômicas da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: natfer11@hotmail.com.

2. Professora Doutora da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Economista. E-mail: jani.floriano@gmail.com.



negociação. O mais utilizados pelas empresas atualmente, é a arbitragem e apesar de ser um meio privado de solução de conflitos, ela só poderá ser utilizada para resolver problemas jurídicos sem a participação do Poder Judiciário, e só ocorrerá se ambas as partes aceitarem participar dela (BARROSO, 2015).

Em conformidade com as lições de Kornhauser (1984), a análise econômica do Direito parte de duas premissas: a primeira, de que o direito tem a capacidade, e tem por objetivo, influenciar a conduta dos indivíduos; e a segunda, de que essa influência é de caráter econômico. O direito e a economia possuem diferenças, entretanto, a relação entre as disciplinas pode ser visualizada em diversas questões, pois os sistemas jurídicos ocasionam reflexos nos fatores que determinam o desempenho econômico.

A utilização da arbitragem cresce e ganha cada vez mais uma grande repercussão entre as empresas, pois utilizando a cláusula do compromisso arbitral nos contratos, ocorre redução de custos judiciais, preservação do nome e da imagem institucional, traz novas possibilidades de recuperação de relações comerciais etc (PARIZE, 2018).

Diante do que foi apresentado, a questão de pesquisa surge da necessidade de investigar: como a utilização da cláusula compromissória arbitral pode reduzir os Custos de Transação dentro das empresas?

Dentre as hipóteses pode-se elencar o fato de que as empresas gastam elevadas somas com demandas judiciais e muitas vezes, desconhecem as novas possibilidades proporcionadas por lei e o quanto podem ser benéficas, notadamente no que se refere a arbitragem. Além de que, utilizando-a, as empresas que estão em litígio poderão reatar relações comerciais e não desintegrar a imagem institucional. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar como a cláusula compromissória arbitral nos contratos das empresas pode reduzir os Custos de Transação. Pois, através da utilização da cláusula, as empresas poderão adquirir agilidade nos processos; os acordos tornam-se mais simples, flexíveis e adaptados à cada caso, enquanto os tribunais são obrigados a seguir rigorosamente a sistemática do Código de Processo Civil. E no geral, as empresas que são adeptas as cláusulas arbitrais em contratos, conseguem reduzir custos monetários, e redução do tempo hábil em processos.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As empresas são estruturadas e organizadas para atuarem no mercado com objetivo de diminuir seus custos de transações, internalizando atividades que possam obter a um custo inferior no mercado e assim, tornarem-se mais competitivas. A primeira abrangência da TCT foi através das contribuições de Ronald Coase em seu clássico artigo "*The Nature of the Firm*", de 1937, onde integrou elementos institucionais da economia capitalista à teoria econômica tradicional. Os estudos foram motivados por um questionamento fundamental não respondido pela teoria neoclássica. Tratava-se das razões pelas quais a empresa internaliza atividades que poderia obter a um custo inferior no mercado, supondo a existência de ganhos de eficiência provenientes da divisão do trabalho (COASE, 1937). Neste sentido:

O ponto de partida da Teoria do Custos de Transação (TCT) está na centralidade das relações entre os agentes econômicos como condição para a organização e desenvolvimento da economia capitalista. A atividade de produção e reprodução material necessária ao crescimento econômico envolve uma diversidade de interações entre agentes ocorridas ao longo do tempo. A tomada de decisões e o comportamento dos atores estão inseridos em uma complexa rede de relações mútuas recorrentes. Neste sentido, a continuidade das interações sociais estabelecidas é construída a partir de compromissos intertemporais, ou seja,



mecanismos sociais pelos quais as relações são ajustadas a um sistema econômico mutante e a comportamentos potencialmente divergentes (SARTO; ALMEIDA, 2015, p.04).

As empresas crescem mais enquanto for mais barato racionalizar os custos de transação de um determinado produto internamente do que adquiri-lo diretamente no mercado (COASE, 1937). Entre as diferentes técnicas utilizadas pelos negociadores no mercado, alguns serviços ganham relevância considerável, como particularmente, as atividades de informações e conhecimentos (SZTAJN, 2004). Já as empresas mais modernas visualizam um conjunto de contratos entre agentes especializados que trocarão informações e serviços entre si, de modo a facilitar o processo para todos os envolvidos (KON, 2016).

Para Kon (2018) a atuação dos agentes é motivada por menores custos de transação possíveis, pois a relação contratual exige certa coordenação. O uso de contratos facilita a negociação e pode reduzir custos na maioria das vezes. Por outro lado, os custos de transação podem acarretar prejuízos para as partes envolvidas, como por exemplo, se uma empresa não conseguiu obter o serviço que precisava e a outra empresa, prestadora de serviços, não conseguiu obter a remuneração pelo serviço prestado, como efeito indireto, os rendimentos monetários da empresa contratante serão menores. Ainda sobre os contratos envolvidos, é possível ressaltar que:

A TCT enfatiza o sistema produtivo essencialmente como um tecido de arranjos contratuais, entendendo, portanto, o problema da organização econômica como um problema contratual. As instituições são responsáveis por assegurar o cumprimento das promessas contratuais e seus ajustamentos ao longo do tempo, ou seja, de sua funcionalidade resulta a importante tarefa de coordenação das atividades econômicas. resulta a importante tarefa de coordenação das atividades econômicas (SARTO; ALMEIDA, 2015, p. 05).

Em busca de analisar as características da TCT, Sarto; Almeida (2015) especificaram três itens de suma importância: (i) a frequência, (ii) o grau de incerteza subjacente e (iii) a especificidade do ativo envolvido. O primeiro aspecto, a frequência transacional, resulta em uma tendência ao desenvolvimento de instituições mais sofisticadas para interações de maior recorrência, uma vez que a exposição das partes à incerteza e aos custos de transação daí decorrentes se fazem maiores, o que leva à utilização de arranjos contratuais mais abrangentes. Ao contrário, interações menos frequentes incentivam relações institucionais de menor complexidade.

A segunda análise, sobre a incerteza, diz respeito ao grau de confiança dos agentes em sua capacidade para antecipar acontecimentos futuros. Esta variável é influenciada por diversos fatores como a instabilidade do sistema econômico, os supostos comportamentais e as demais características das transações, conduz os agentes a relações contratuais de maior complexidade na medida em que se faz mais intensa a incerteza que permeia a transação (SARTO; ALMEIDA, 2015).

E por último, a especificidade do ativo envolvido, que se refere ao grau em que determinada transação exige ativos especializados que não podem ser reempregados para usos alternativos ou por outros agentes, em caso de interrupções ou encerramentos contratuais prematuros, sem que haja perda de sua capacidade ou valor produtivo (SARTO; ALMEIDA, 2015).

Tais especificidades apresentam-se em diversos aspectos, como a localidade, em que há a aproximação entre os estágios suscetíveis da transação; o capital físico que liga-se a instalações necessárias para o sistema produtivo; capital humano, sendo a execução



de processos particulares demanda recursos humanos mais específicos; ativos dedicados, que são ligados à necessidade de investimento para transacionar com um agente; marca, referente à importância que a imagem da marca do agente possui no mercado; e temporal, quando o tempo envolvido no desenrolar da transação pode implicar em perda de valores transacionados (SARTO; ALMEIDA, 2015).

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, resultante da vontade das partes envolvidas, seja pessoa física ou jurídica, que escolhem os árbitros para serem os “juízes” no litígio que estará em questão (MONREAL, 2014).

No Direito brasileiro, o juízo arbitral, objeto da Lei nº 9.307/96, é delineado da seguinte forma: “a) convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato - art. 3º); b) limitação aos litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º); c) capacidade das partes (art. 1º); d) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que está se realize com base nos princípios gerais de direito, usos e costumes e nas regras internacionais do comércio (art. 2º, §§ 2º e 3º); e) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); f) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória – art. 31); g) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e seguintes) (MONREAL, 2014, p.05)

Sendo assim, as transações que envolvem ativos altamente específicos determinam uma relação de dependência mútua entre as partes, sendo o rompimento contratual desvantajoso para ambos. Isso estimula o desenvolvimento de complexas instituições e proteção contratuais que sustentem a integridade das transações e a maior duração dos contratos.

1.1 Teoria dos Custos de Transação nas relações jurisdicionais

Na prestação jurisdicional estatal e convencional, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam de mãos atadas sobre os bens ou direitos durante todo o processo até que o efetivo cumprimento da decisão seja julgado. Quando se compara à prestação jurisdicional estatal, o uso da arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional, devido a agilidade de conclusão. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais convencionais, não se submete ao regime duradouro de recursos a instâncias, e os árbitros, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez (PUGLIESE; SALAMA, 2008)

Na questão jurídica-econômica, as principais razões para inserir a cláusula arbitral nos contratos podem ser definidas através da TCT:

Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 19).

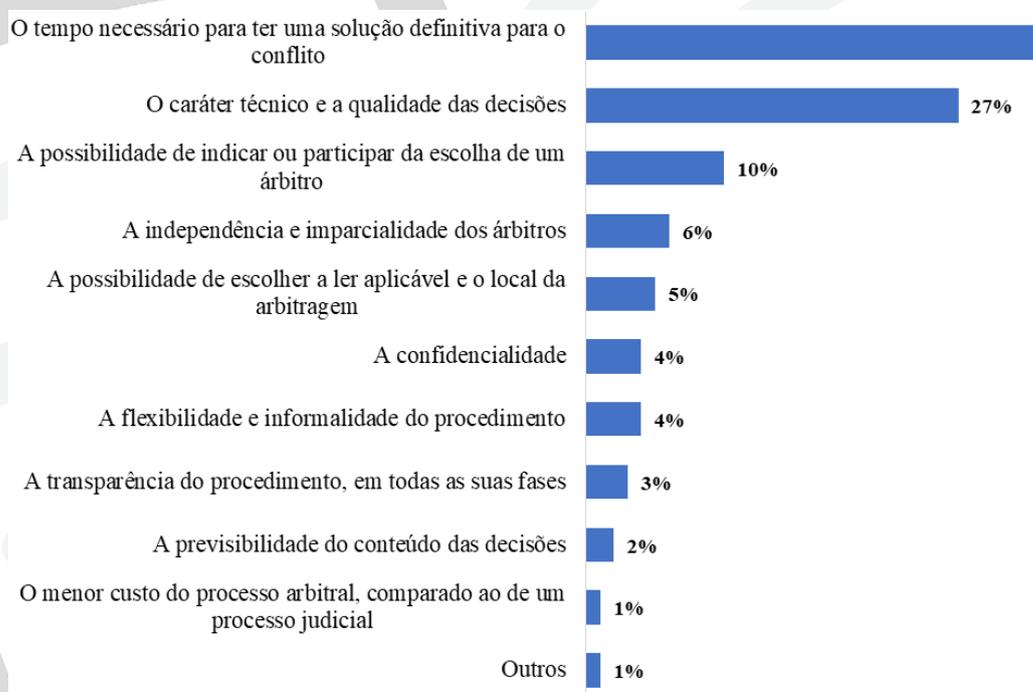
Contudo, de acordo com Pugliase; Salama (2008) a arbitragem poderá reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional. Em consequência, a



arbitragem poderá favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes. Do ponto de vista econômico, a arbitragem pode ser entendida como uma oferta de modelo de solução de controvérsias e/ou litígios que compete com o modelo estatal de jurisdição. A competição pela atividade da arbitragem ocorre através de árbitros e câmaras de arbitragem, que poderão ser escolhidos de acordo com a localização geográfica das partes envolvidas (BRASIL, 2007).

A CBAR (2018) realizou uma pesquisa com a opinião de diversos membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais. No total foram 158 entrevistados, dentre eles: advogados externos e internos, árbitros e representantes de câmaras de arbitragens. Os convidados apontaram quais seriam as principais vantagens concretas da arbitragem, quando comparada ao processo judicial, como se observa no gráfico a seguir:

Gráfico 1: Vantagens da Utilização da Arbitragem



Fonte: CBAR (2018).

A maioria dos entrevistados (37% das respostas) notificou que a arbitragem é vantajosa no quesito tempo, para ter uma solução definitiva para o conflito, seguido do caráter técnico e a qualidade das decisões (27% das respostas). Nesse sentido, demonstra-se que ao adotar mecanismos que possam reduzir os custos de transação, como a cláusula compromissória arbitral em contratos, faz com que as empresas se tornem mais competitivas e cresçam mais, enquanto for mais barato racionalizar os custos de transação, ainda que, como demonstrado acima, há inúmeras outras vantagens na utilização da arbitragem.

1.2 Cláusula compromissória arbitral

A cláusula compromissória arbitral é onde as partes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, determinam que as disputas e litígios relativos a um contrato, serão resolvidas



através do uso da arbitragem, como explica Viola (2015). Diante disso, há duas denominações para a cláusula arbitral, a vazia e a cheia.

A vazia refere-se a uma cláusula que somente determina que as disputas surgidas em razão do contrato serão resolvidas por arbitragem, mas não faz referência expressa às regras que conduzirão tal arbitragem. Se as partes não concordarem quanto às regras da arbitragem, é facultado às partes que solicite ao Poder Judiciário que determine sobre a constituição do compromisso arbitral. A Cláusula Compromissória cheia é aquela que de forma expressa faz referência às regras que conduzirão eventual procedimento arbitral surgido do contrato. Essa cláusula pode indicar uma câmara arbitral e seu regulamento ou regras particulares para guiar a resolução de eventual conflito. A ausência da parte regularmente convocada ou sua discordância em firmar o compromisso arbitral não evita o início do procedimento arbitral e a solução da controvérsia através da arbitragem (VIOLA, 2015, S/P).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) está reforçando a validade da cláusula arbitral em contratos, já tendo sido decidido pela ministra Maria Isabel Gallotti do STJ, em uma decisão monocrática, a validade de cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de adesão, em relação de consumo de compra e venda de um imóvel. Na ação, o condomínio em questão (autor da ação), tentou anular em juízo a cláusula arbitral que havia imposto a obrigação de que qualquer divergência dos reparos realizados pela construtora no edifício deveria ser submetida a arbitragem. Na decisão final, a ministra Maria Isabel entendeu que o acordo recorrido está em perfeita harmonia com a jurisprudência pelo STJ, no sentido de que a convenção de arbitragem (cláusula compromissória arbitral) é bastante e suficiente a afastar a jurisdição estatal (COELHO, 2018, S/P).

Para exemplificar uma instauração da cláusula arbitral em contratos, na Figura 1, demonstra-se o regulamento da CAM (Câmara de Arbitragem do Mercado) que disponibiliza o documento para empresas vinculadas a ela. No regulamento observam-se diversos itens necessários para as empresas que desejam utilizar a cláusula arbitral.

Figura 1: Instauração da Arbitragem, através da CAM

2. INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM

2.1 **Instauração da arbitragem.** A parte que desejar iniciar procedimento de arbitragem perante a Câmara de Arbitragem (“Requerente”) encaminhará ao Secretário-Geral da Câmara de Arbitragem (“Secretário-Geral”) um requerimento de instauração de arbitragem (“Requerimento de Arbitragem”), observado o disposto no item 9.3.ii, com as seguintes informações:

- i) nome, qualificação e endereço das partes que deverão participar da arbitragem;
- ii) endereço eletrônico para receber comunicações relativas ao procedimento;
- iii) apresentação sumária dos fatos que originaram a controvérsia;
- iv) o(s) pedido(s);
- v) valores envolvidos no litígio ou sua estimativa, se possível;
- vi) indicação ou sugestão do lugar da arbitragem, lei aplicável e idioma; e
- vii) indicação de um árbitro, se as partes tiverem concordado com a composição do Tribunal por três árbitros, ou proposta quanto ao número de árbitros, se não houver previsão nesse respeito na convenção de arbitragem.



2.1.3 O Secretário-Geral encaminhará à(s) parte(s) requerida(s) (“Requerida”) uma cópia do Requerimento de Arbitragem, notificando-a(s) para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente(m) resposta ao Requerimento de Arbitragem (“Resposta ao Requerimento”), observado o disposto no item 9.3.ii, que deverá conter:

- i) manifestação preliminar sobre os fatos narrados pela Requerente;
- ii) exposição de eventuais objeções à instauração da arbitragem;
- iii) manifestação quanto ao número de árbitros proposto pela Requerente ou indicação de um árbitro, caso o Tribunal Arbitral deva ser composto por três árbitros;
- iv) quaisquer observações com relação ao lugar, às normas jurídicas aplicáveis e ao idioma da arbitragem;
- v) indicação de endereço postal e endereço eletrônico para receber comunicações relativas à arbitragem;
- vi) e formulação de pedidos contrapostos, indicando o objeto da demanda, e os valores envolvidos em suas pretensões ou sua estimativa, se possível.

Fonte: CBAR (2018)

Como segundo exemplo, para demonstrar uma cláusula arbitral em um contrato real, a Figura 2 diz respeito a um trecho de um contrato de compra e venda de ações da empresa Itaú S.A, referente a empresa *Kilimanjaro Brasil Partners IB - Fundo de Investimento em Participações Multe estratégia Investimento No Exterior*.

Figura 2: Exemplo de Cláusula Arbitral da Empresa Itaú S.A

11. LEI DE REGÊNCIA E RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

11.1 Lei de Regência. O presente Contrato será regido e interpretado de acordo com as leis do Brasil.

11.2 Processo Amigável de Negociações e Arbitragem. As Partes e as partes intervenientes anuentes envidarão seus melhores esforços no sentido de dirimir em boa fé qualquer disputa ou controvérsia ou demanda decorrente da interpretação ou execução do presente Contrato ou seus Anexos ou a eles relacionada, o que inclui quanto à existência, validade, exequibilidade, celebração, cumprimento, violação, término ou invalidade dos mesmos (a “Controvérsia”) dentro do período de 30 (trinta) dias após uma Parte notificar a outra a respeito da Controvérsia, ou outro período superior que as Partes venham a mutuamente avençar. Se a Controvérsia não for dirimida no referido período, as Partes e as partes intervenientes anuentes concordam que a Controvérsia será dirimida, em caráter exclusivo e definitivo por arbitragem a ser administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM.CCBC”) e conduzida de acordo com seu regulamento arbitral em vigor e efeito na data em que o requerimento de arbitragem for encaminhado ao CAM.CCBC (“Regulamento de Arbitragem CAM.CCBC”). Quando o Regulamento de Arbitragem CAM.CCBC for silente em relação a qualquer aspecto processual, aplicar-se-ão subsidiariamente as pertinentes disposições contidas na Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, conforme alterada.

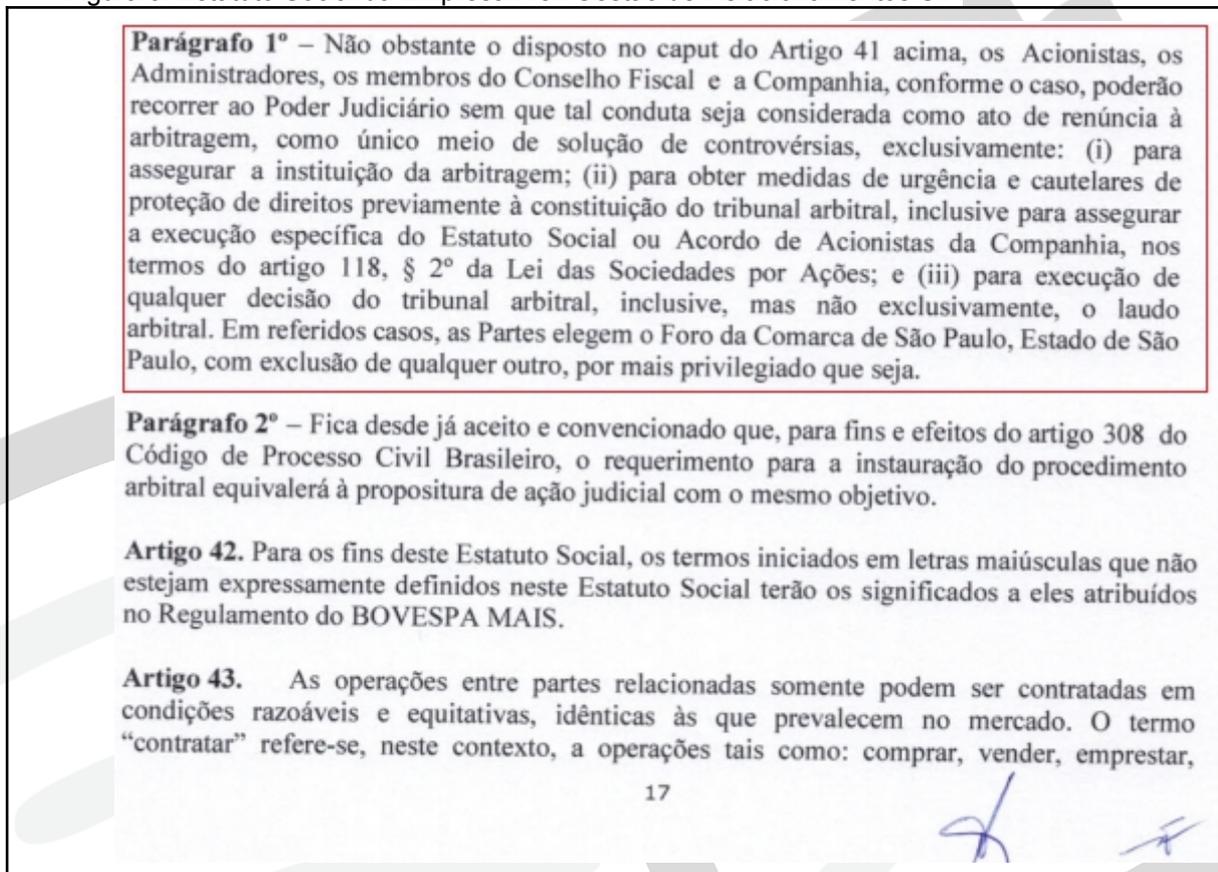
Fonte: Sistema - CVM (2019)

Em um trecho do contrato, na cláusula número 11.2, diz que se a controvérsia relacionada ao contrato não for resolvida por completo, as partes devem aderir ao método da Arbitragem, pela CAM-CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá). A terceira



exemplificação de uma cláusula arbitral em contrato é referente a *Flex Contact*, como se verifica na figura a seguir.

Figura 3: Estatuto Social da Empresa Flex Gestão de Relacionamento S.A



Fonte: *Flex Contact* (2019).

A *Flex Contact* é uma empresa de Sociedade Anônima com sede em São Paulo/SP que presta serviços de *call center* ativo e receptivo, consultoria de serviços de telemarketing, atendimento em nome de terceiros etc. No seu Estatuto Social, como observa-se na Figura 3, os itens i, ii e iii demonstram que a empresa deverá utilizar a arbitragem quando houver controvérsias. A mesma, utiliza cláusula compromissória arbitral em todos os contratos que são feitos aos acionistas e a Câmara responsável pelas arbitragens é a CAM, já citada anteriormente neste projeto.

Contudo, na ótica de Poletto; Possamai (2019) a cláusula arbitral pode solucionar inúmeros conflitos, em especial, os empresariais. O próprio mercado torna-se um incentivador dos procedimentos arbitrais, devido a sua característica de celeridade quando contrastado ao Poder Judiciário brasileiro. Em especial, como visto nos exemplos anteriores, os mercados de capitais demonstraram grande apreço pelos avanços nacionais no que se diz a arbitragem, com uma expansão de câmaras arbitrais e árbitros especializados em conflitos empresariais. “A B3, neste aspecto, cobra das empresas que aderem a seus diferentes níveis de governança corporativa a previsão de arbitragem para solução de controvérsias” (POLETTI; POSSAMAI, s/p, 2019).



1.3 Arbitragem no Brasil

A arbitragem está inserida na estruturação do Brasil desde a colonização portuguesa:

[...] sendo que a Constituição Imperial, expressamente, previa o Juízo Arbitral, no seu artigo 160. No Código Comercial de 1850, que teve parte revogada pela Lei 10.406/02, veio à tona com alguns artigos que estabeleciam o arbitramento como obrigatório, disso sendo exemplo, o seu artigo 294, que previa expressamente, e em caráter obrigatório que o juízo arbitral nas causas entre sócios e sociedades comerciais, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha (MATTOS, 2001, p. 115).

No Direito Internacional, foi aplicada principalmente nos contratos de navegação. Assim, para não ferir o cenário internacional, o Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra de 1923, reconhecendo em seu ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 21.187/32, a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias, pelos quais os Estados (ou partes) se obrigam, contratualmente, em matéria comercial ou outra suscetível de ser resolvida mediante arbitragem, a submeter suas divergências ao juízo de árbitros, ainda que a arbitragem se verifique em um país de jurisdição diferente. O artigo nº 1.072 do Código de Processo Civil de 1938 e 1973 diz que:

As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita a transação [...] um dos grandes avanços da arbitragem em nosso sistema jurídico foi a vinda da Lei nº 9.099/95, que ao dispor sobre os "Juizados Especiais Cíveis e Criminais", implantados por imposição constitucional (art. 98, 1), nas causas sob a sua jurisdição, veio admitir o julgamento através de "juízo arbitral", com o árbitro escolhido pelas partes, podendo decidir por equidade (art. 25), sujeitando o laudo à homologação judicial por sentença irrecorrível (art. 26) (MATTOS, 2001, p. 115).

E, por fim, a Lei nº 9.307/96, alterou profundamente o instituto da arbitragem no Brasil. Em 2015, após anos de discussão, foi sancionada pela Presidência da República a lei nº 13.129/15, que reforma a lei de arbitragem, trazendo consigo uma série de novidades que modernizaram o instituto.

2. METODOLOGIA

Para o desenvolvimento da pesquisa, tem-se como método o dedutivo, que por definição "é um conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para atingir uma linha de conhecimento" (PRODANOV, 2013). A pesquisa envolverá variáveis dedutivas relacionadas ao direito, economia e assuntos no que se diz respeito a parte da cláusula arbitral nos contratos das empresas.

Trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica, em que serão analisadas as referências a respeito da TCT e arbitragem no meio empresarial. A consulta foi realizada em artigos científicos, jornais, livros e na *Web*. A pesquisa bibliográfica oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já solucionados, como também, explorar novas áreas (MANZO, 1971). Como no Brasil, a arbitragem é um meio extrajudicial considerado "moderno", nos últimos anos devido a sua grande repercussão, novas áreas estão sendo exploradas e novos estudos são documentados e compartilhados a sociedade.

O artigo busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação, para formar argumentos mais densos possíveis e demonstrar na análise e



discussão de resultados as melhorias econômicas que a utilização da cláusula arbitral pode trazer a uma empresa.

Por fim, a pesquisa é explicativa, pois demonstra as relações causais entre as variáveis abordadas no que diz respeito a arbitragem, cláusula arbitral e contratos. Gil (1999) ressalta que as pesquisas explicativas visam identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos. No estudo será utilizado como base, dados da utilização da cláusula compromissória no ramo empresarial, identificando, posteriormente, os fatores contribuintes para quem as utiliza.

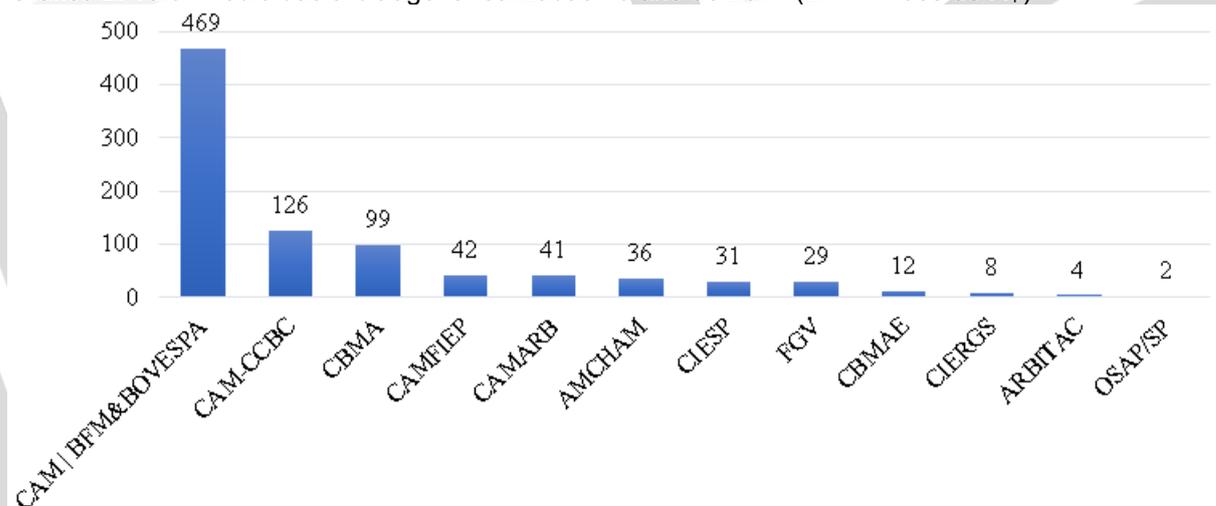
3. TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO (TCT) E ARBITRAGEM NO BRASIL

Através da segunda edição do Anuário da Arbitragem no Brasil fornecido pelo Centro de Estudo das Sociedades de Advogados (CESA), publicado no ano de 2017, é possível identificar informações sobre algumas instituições de arbitragens brasileiras, constatando inferências importantes sobre os procedimentos arbitrais relacionados ao cenário brasileiro. Os resultados obtidos foram:

(i) crescimento inequívoco do número de casos, com 919 arbitragens em andamento com elementos de conexão com a jurisdição brasileira; (ii) 455 procedimentos relacionados ao Brasil foram iniciados; (iii) 13% dos procedimentos foram submetidos a árbitro único; (iv) 94 procedimentos arbitrais envolveram ou envolvem entes da administração pública; (v) em raríssimas ocasiões houve a aplicação de lei estrangeira ao mérito das disputas; (vi) os principais temas discutidos nas arbitragens administradas pelas instituições participantes da pesquisa foram disputas societárias e controvérsias atreladas a contratos de construção e/ou projetos de infraestrutura; e (vii) houve um crescimento no número de cartas arbitrais expedidas pelas instituições participantes (CESA, 2017, p. 03).

O mesmo centro, informou o valor médio envolvidos nas arbitragens que estavam em desenvolvimento no ano de 2017.

Gráfico 2: Valor médio das arbitragens realizadas no ano de 2017 (Em milhões de R\$)



Fonte: Anuário da Arbitragem no Brasil (2017).

Observa-se no Gráfico 2, que a CAM|BM&FBOVESPA (Bolsa de Valores) movimentou cerca de R\$469 milhões em 2017, seguindo por R\$126 milhões da CAM-CCBC (Centro de Arbitragem Brasil-Canadá) e R\$99 milhões da CBMA (Centro Brasileiro



de Mediação e Arbitragem). No total, em 2017 foram movimentados mais de R\$800 milhões, de acordo com o Anuário da Arbitragem no Brasil.

Em pesquisa, Lemes (2017) esclarece informações referentes a evolução da arbitragem em algumas câmaras³ no período de 2010 a 2016.

Em 2010, o número de arbitragens nas câmaras pesquisadas era de 128 novos casos. Em 2016, foram 249 novas arbitragens, o que representa um aumento de quase 95% no número de procedimentos novos entrantes. No período de 7 anos (2010-2016) o número de arbitragens nas seis Câmaras pesquisadas atingiu o patamar de 1292 casos novos entrantes. Desse total verifica-se que: CCBC respondeu por 44,11%, CAM-CIESP/FIESP com 22% dos casos e, em terceiro lugar, CAM/FGV com quase 12% das arbitragens entrantes no período. No ano de 2016, tramitam nas Câmaras indicadas o total de 609 procedimentos arbitrais (novos e antigos), sendo que 44% desse número estava em processamento na CCBC e 17,41 % na CAM-CIESP/FIESP. Em terceiro lugar no número de casos processados está a CAM/FGV com 16,26% daquele percentual e, em quarto lugar a CAMARB com 11,49%. (LEMES, 2017, p. 01).

Comparando o ano de 2015 com 2016, houve 222 (duzentos e vinte e dois) casos novos, no ano seguinte, subiu para 249 (duzentos e quarenta e nove). Houve um aumento de cerca de 12% de casos novos, o que reflete diretamente no aumento dos valores envolvidos em arbitragens, vejamos:

Os valores envolvidos em arbitragem Câmaras pesquisadas eram de R\$2,8 bilhões e em 2016 atingiram R\$24,27 bilhões. Afere-se que os valores envolvidos em arbitragens aumentaram exponencialmente (quase 9 vezes). Nesse período de sete anos o total de valores envolvidos nas 6 Câmaras indicadas representaram mais de R\$62 bilhões (R\$62.578.807.156,62). Já comparando os valores envolvidos em arbitragens entre 2015 (R\$10.726.923.177,31) e 2016 (R\$24.273.202.036,76), verifica-se que os valores mais que dobraram, sinalizando que os novos conflitos se referem a contratos de grande porte. O CAM-CCBC respondeu com mais de 57,10% do valor total das quantias envolvidas em arbitragem em 2016. Em seguida está a CAMARB com quase 13% e, em terceiro lugar a Câmara da FGV com quase 9% (LEMES, 2017, p. 02).

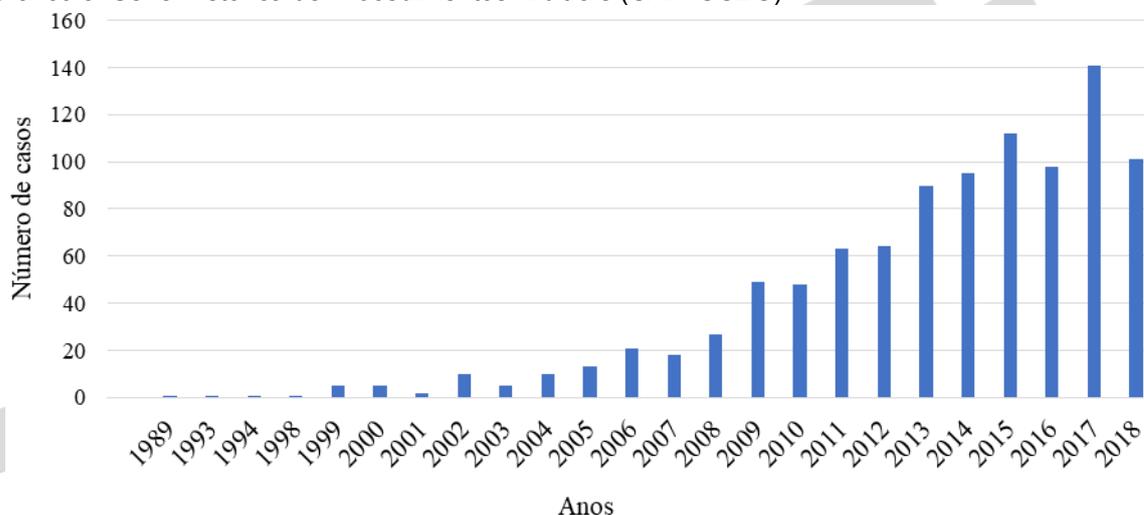
Na CAM-CCBC, em 2016, 50% dos casos referiram-se a matérias societárias (acordo de acionistas, parcerias societárias etc.). Em segundo lugar estão os conflitos decorrentes de contratos empresariais, no percentual de quase 23%. Na CAM-CIESP/FIESP, 25% se referem a conflitos oriundos de contratos de fornecimento de bens e serviços, seguido de conflitos empresariais em geral, no percentual 23% dos casos. No Centro da AMCHAM em 2016, 38% se referem a contratos empresariais e, em segundo lugar, contratos de fornecimento de bens e serviços no percentual de quase 30%. Na CAM-BOVESPA 89% das arbitragens referem-se a matérias societárias e 11 % de contratos de fornecimento de bens e serviços. Na CAM-FGV não houve o fornecimento de percentuais. Em relação a duração das arbitragens, em média, os processos nas 5 (cinco) câmaras (AMCHAM, CAMARB, CAM-CIESP/FIESP, CAM-CCBC e CAM/BOVESPA) foi de 19 (dezenove) meses (LEMES, 2017)

3. Câmaras em São Paulo: Centro de Arbitragem da AMCHAM; Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo - CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP); Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BM&FBOVESPA). No Rio de Janeiro: Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM- FGV). E por fim, em Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem Empresarial- Brasil (CAMARB).



A CAM-CCBC fornece uma série histórica que possibilita a visualização como um todo no que se refere a procedimentos arbitrais, desde a sua fundação em 1989.

Gráfico 3: Série Histórica de Procedimentos Arbitrais (CAM-CCBC)



Fonte: CAM-CCBC (2018).

No Gráfico 3 visualiza-se o crescimento de procedimentos que envolve a arbitragem, entre os anos de 1989 a 2018. Nota-se que o crescimento considerável iniciou no ano de 2009, com mais de 40 (quarenta) procedimentos arbitrais realizados. Em 2016, houve uma queda para menos de 100 (cem) procedimentos. Mas, em 2017 houve a retomada, com cerca de 140 (cento e quarenta) procedimentos.

Para a demonstração de custas e honorários para procedimentos arbitrais apresenta-se a figura 4 referente a CMAJ (Câmara de Arbitragem de Joinville).

Figura 4: Referencial de Custas e Honorários Para Arbitragem

Escala de Valores	Total
Até R\$10.000,00	R\$ 450,00
De R\$ 10.000,01 a R\$ 300.000,00	1,50%
De R\$ 300.000,01 a R\$ 500.000,00	1,30%
De R\$ 500.000,01 a R\$ 750.000,00	1,10%
De R\$ 750.000,01 a R\$ 1.450.000,00	1,00%
De R\$ 1.450.000,01 a R\$ 2.500.000,00	0,90%
Acima de R\$ 2.500.000,01	0,80%
Para medidas cautelares com pedido de liminar e causas sem valor estilado	R\$ 2.000,00 (mínimo)

Fonte: CMAJ (2019).

Observa-se na figura 4 que o valor mínimo é R\$450,00 chegando em até 1,50% do valor em processo. Vale ressaltar que, em causas consideradas especiais ou complexas, a exclusivo critério do(s) árbitro(s) nomeado(s), os honorários poderão ser fixados em



valor superior ao maior previsto nesta tabela. Cancelamentos, suspensão e reabertura serão cobrados nova Taxa de Registro (CMAJ, 2019).

Partindo do princípio que a TCT são os custos totais associados a uma transação que executa no mínimo do preço possível, o uso da arbitragem, mesmo tendo seu valor de contratação relativamente alto, ainda assim, consegue reduzir os custos de transação e otimizar o processo de decisão final do litígio de maneira mais rápida e eficiente. Enquanto for mais barato racionaliza os custos de transação, as empresas crescerão. E, com o uso da cláusula arbitral em contratos, a negociação entre a empresa e o cliente pode facilitar em caso de litígio ou descumprimento do contrato.

CONCLUSÃO

O sistema judiciário brasileiro traz números altíssimos as contas do governo e os processos em andamento podem demorar meses ou até mesmo anos para ter a sentença final. Com a aceleração e a rapidez no desenvolvimento dos negócios empresariais, grandes mudanças acontecem no dia a dia das empresas, e uma delas é a solução de possíveis controvérsias e descumprimentos de contratos. Assim, a busca por novos mecanismos para facilitar as negociações aumentaram.

Com a possibilidade da utilização da arbitragem para agilizar certos litígios que eventualmente as empresas possam ter, a inserção de uma cláusula compromissória arbitral nos contratos das empresas pode ser um mecanismo muito ágil e eficiente. Através dela, as partes devem acordar em submeter-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada indicada inicialmente, caso ocorra alguma controvérsia.

Através de pesquisa realizada, é notório que a arbitragem no Brasil está ficando cada vez mais conhecida ao passar dos anos. Assim, requer mais árbitros que sejam capazes e conhecedores dos assuntos em questão, aprimorando a imparcialidade cada vez mais nas decisões, mesmo que no país, a arbitragem não possua o mesmo impulso que o restante do mundo.

Neste sentido, a presente pesquisa apresentou como hipóteses o fato de que as empresas possuem elevados desembolsos com demandas judiciais principalmente por desconhecerem as novas possibilidades proporcionadas pela arbitragem. Dessa forma, como resposta, mesmo que a quantia monetária para iniciar uma arbitragem possa ser relativamente alta, muitas empresas preferem utilizá-la devido a redução dos custos de transação, comparado a justiça comum. Mas é importante ressaltar que, mesmo em litígios que envolvam quantias monetárias menores, a cláusula arbitral também poderá ser utilizada.

Dada a importância do assunto, a utilização da arbitragem pelas empresas cresce exponencialmente, movimentando milhares de reais nas câmaras de arbitragem. Mas, em meio às pesquisas, observou-se uma falha de comunicação entre o setor jurídico e o setor econômico. Muitos dados, no que se refere a cláusula arbitral em contratos, não são publicados, dificultando a pesquisa deste artigo. Entende-se que parte disso, é devido ao sigilo das câmaras de arbitragem e das empresas. Diante desse contratempo, não foi possível aprofundar a análise das cláusulas arbitrais nos contratos das empresas como desejado, mas sim, mostrar através dos dados fornecidos pelas câmaras, como a utilização da arbitragem está crescendo e reduzindo os custos de transação das empresas utilizadoras.

Nesse sentido, a partir deste artigo, pode-se concluir que a pesquisa realizada ampliou a visão entre direito e economia, por meio da vinculação da cláusula arbitral nos



contratos e a TCT. Em face aos custos de transação, foi possível entender que as empresas crescem mais enquanto for mais barato racionalizar os custos de transação e que existem diferentes técnicas utilizadas pelos negociadores no mercado. As empresas mais modernas visualizam um conjunto de contratos entre agentes especializados que trocarão informações e serviços entre si, de modo a facilitar o processo para todos os envolvidos. Quanto a cláusula arbitral, conclui-se que esta pode reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional, já que favorece o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos. Portanto, do ponto de vista econômico, a arbitragem é entendida como uma oferta de modelo de solução de controvérsias e/ou litígios que compete com o modelo estatal de jurisdição.

Sugestão para um trabalho futuro: realizar um estudo de caso entre uma empresa onde fora utilizada o meio de jurisdição estatal para solucionar a controvérsia, e comparar, quanto a mesma empresa desembolsaria se optasse pela utilização da arbitragem para a resolução do conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz F. **Mediação, Arbitragem, Conciliação e Negociação**, 17/03/2015. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/mediacao-arbitragem-conciliacao-e-negociacao/>. Acesso: 28/07/2018.

BERGAMASCHI, Ana C. **A atuação dos notários nos métodos extrajudiciais de solução de conflitos da arbitragem e da mediação para garantia da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. v. 43, n. 2 (2015). Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/1347>. Acesso: 25/07/2018.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.140**, 26/06/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso: 15/04/2018.

CAM-CCBC. **Estatísticas Gerais**, 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso: 09/09/2019.

CBAR. **Regulamento da Câmara de Arbitragem de Mercado**, 2018. Disponível em: cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/regulamento-da-camara-de-arbitragem-do-mercado.pdf. Acesso: 10/10/2019.

_____. **Dados CBAR**. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf. Acesso: 10/10/2019.

CESA (Centro de Estudo das Sociedades de Advogados). **Anuário da Arbitragem no Brasil**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/principais-temas-arbitragens-sao.pdf>. Acesso: 22/03/2019.

CMAJ. **Tabela de Honorários Para Arbitragem**. Disponível em: <https://www.cmaj.org.br/tabela-arbitragem/>. Acesso: 02/10/2019.



COASE, R. H. *The nature of the firm*. *Economica*, V. 4, n. 16, 1937.

COELHO, Gabriela. **STJ Reforça a validade da cláusula arbitral**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-31/stj-reforca-validade-clausula-arbitral-contrato-adesao>. Acesso: 19/08/2019.

Flex Contact. Estatuto Social da Empresa Flex. Disponível em: <https://www.flexcontact.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Estatuto-Social.pdf>. Acesso: 09/09/2019.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

KON, Anita. **Nova Economia Política dos Serviços**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

_____. **Economia Industrial: teoria e estratégias**. Rio de Janeiro: Altas Books, 2017.

_____. **Contratos de seguros empresariais como instrumento para a tomada de decisão: a ótica da nova economia institucional**. *Redeca*, v.5, n.2. Jul-Dez. 2018 p. 118-138.

KORNHAUSER, Lewis A. *The Great Image of Authority*. *Stanford Law Review*. Vol. 36, No. 1/2, *Critical Legal Studies Symposium*. Jan., 1984.

LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores**, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/G1pNaE>. Acesso: 25/07/2019.

MANZO, A. J. *Manual para la preparación de monografías: una guía para presentar informes y tesis*. Buenos Aires: Humanistas, 1971.

MATTOS, Mauro. **Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem**. *Revista de Direito Administrativo - FGV*, Rio de Janeiro, 223: 115-131. jan./mar. 2001.

MONREAL, Antônio. **A importância da cláusula compromissória arbitral nos contratos de adesão dos serviços sociais autônomos**, 2014 (SEBRAE/MT). Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1362/Artigo_Antonio%20Monreal%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso: 07/08/2019.

PARIZE, Felipe. **A arbitragem no âmbito do direito do trabalho**, 01/11/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70596/a-arbitragem-no-ambito-do-direito-do-trabalho>. Acesso: 03/06/2019.

PEDROSO, Samira. **Dos benefícios alcançados pela Lei nº 11.441/2007 em relação ao divórcio extrajudicial após onze anos de vigência**, 10/07/2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dos-beneficios-alcancados-pela-lei-no-114412007-em-relacao-ao-divorcio-extrajudicial-apos-onze-anos-de-vigenci,591035.html>. Acesso: 01/10/2018.



POLETTO & POSSAMI. **A importância de uma cláusula compromissória arbitral bem elaborada em documentos empresariais.** Disponível em: <http://poletto.adv.br/a-importancia-de-uma-clausula-compromissoria-arbitral-bem-elaboradaem-documentos-empresariais/>. Acesso: 01/08/2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico.** 3 Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

PUGLIESE, Antônio C. F; SALAMA, Bruno M. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.** Revista Direito GV, São Paulo 4. Jan-Jun 2008.

SANTANA, Meirilane N. **Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário,** 03/09/2018. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498. Acesso: 03/09/2018.

SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro. **A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas,** 2015. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iniciativa/article/download/7301/5563>. Acesso: 20/05/2019.

SISTEMA-CVM (Comissão de Valores Mobiliários). **Contrato de Compra e Venda.** Disponível em: http://sistemas.cvm.gov.br/dados/LaudEditOpa/RJ-2018-04437/20180807_Contrato_de_Compra_e_Venda_de_Ações.pdf. Acesso: 09/09/2019.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004

VIOLA, Alexandre. **Cláusula Arbitral,** 2015. Disponível em: https://justto.com.br/clausula_arbitral/. Acesso: 19/08/2019.



DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DA LEI Nº 13.709/18 E SEU POSSÍVEL IMPACTO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Nicole Helene Wuthstrack¹
Beatriz Regina Branco²

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a evolução da Proteção de Dados no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados e seus possíveis impactos no direito do consumidor. Vislumbra-se a importância do tema na medida em que até o momento não havia no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que regulamentasse o uso de dados pessoais. O objetivo geral deste artigo consiste em analisar a valoração dos dados pessoais e a sua evolução normativa, especificamente a criação da Lei 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua repercussão nas relações consumeristas. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica e documental. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Observou-se que a Lei 13.709/18 trará possivelmente impactos nas relações consumeristas, necessitando os estabelecimentos comerciais se adequarem à nova regulamentação.

Palavras-chave: Dados pessoais, Operadores de dados, Sistema Jurídico Brasileiro, Direito do Consumidor.

INTRODUÇÃO

Com a ascensão da internet e a Quarta Revolução Industrial, novas relações foram criadas na sociedade e, assim, novos direitos e deveres surgiram. Diante dessas novas formas de interação e o uso indiscriminado da internet, inúmeras problemáticas advieram, sendo uma destas a necessidade da proteção dos dados dos usuários, dado que estes revelam grandes quantidades de informações sobre suas vidas pessoais. Isto posto, o direito viu-se obrigado a criar formas para regulamentar o tratamento desses dados e o uso desse meio de informação tão poderoso.

Saboya, *et al.* (2019) discorrem que este é o grande desafio do mundo jurídico: o de compatibilizar a estrutura normativa do ordenamento, por muitas vezes engessada e obsoleta, aos conflitos decorrentes dessa veloz evolução tecnológica, a qual demanda que se atribuam novas roupagens interpretativas a relevantes aspectos regulatórios, a fim de que se garanta a segurança, a privacidade e a proteção dos dados dos usuários.

Assim sendo, esse tema merece ser estudado, pois até a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, não havia legislação específica criada para a proteção de dados pessoais no Brasil, sendo este tema abordado apenas de forma superficial em outras normas, como no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet, ressaltando assim a contemporaneidade do presente tema.

Percebe-se que a criação dessas leis e a discussão desse tema é de suma importância, visto que regula a proteção da população em geral, pois, como apresenta KLEE (2014, *web*), a capacidade de coleta, armazenamento e de processos de dados ampliaram as possibilidades de invasão na intimidade de pessoas, sendo estas famosas ou não, o que não ocorria anteriormente.

O presente artigo foi dividido em três pilares. O primeiro tópico discorrerá sobre a sociedade de informação e as normas criadas para regulamentar a proteção de dados pessoais. O segundo tópico trata sobre as normas reguladoras criadas no Brasil,

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: nicole.hw@hotmail.com.br.

2. Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Coordenadora do Programa de Extensão do Juizado Especial - Universidade da Região de Joinville e Vice-Coordenadora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: beabranco@uol.com.br.



especificamente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. E o terceiro tópico abordará a proteção de dados pessoais e o Direito do Consumidor, e os impactos da Lei 13.709/18 nas relações consumeristas.

À vista disso, este estudo analisará a evolução da Proteção de Dado no Brasil, a Lei Geral de proteção de dados no Brasil e seus impactos no direito do consumidor.

1. A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Segundo Rodotá (2008), a caracterização da nossa organização social como uma sociedade cada vez mais baseada na acumulação e circulação das informações, comporta o nascimento de um novo e verdadeiro “recurso” de base, ao qual se coliga o estabelecimento de novas situações de poder.

1.1 A Ascensão da Internet e a Valoração dos Dados Pessoais

As relações jurídicas se moldam por intermédio das mudanças que ocorrem na sociedade, através das revoluções industriais e das novas tecnologias descobertas. Atualmente, com o advento da internet, computadores, *smartphones* e a criação da chamada “Quarta Revolução Industrial”, o sistema judiciário mais do que nunca encontra barreiras para proteger os direitos e deveres legalmente criados por estas novas formas de relacionamento.

Neste sentido, segundo Facchini Neto e Demolier (2018, *web*):

Estamos vivendo a era da sociedade da informação, frequentemente apontada como a quarta grande revolução, onde essa (a informação) assume um papel de bem econômico central, e, ao mesmo tempo, de pilar estruturante do desenvolvimento das relações sociais.

Isto posto, percebe-se que nesta Quarta Revolução Industrial, o poder está estritamente ligado a quantidade de informação que as pessoas apresentam, sejam elas pessoas jurídicas, físicas, ou até mesmo o próprio Estado. Este surge mediante a caracterização da nossa organização social como uma comunidade cada vez mais calcada sobre o acúmulo e circulação de informação, tanto no âmbito industrial quanto no âmbito estatal (RUARO *et. al*, 2011, *web*).

Castells (1999, p.34), já abordava o tema em seu livro “A sociedade em rede”:

Cada modo de desenvolvimento é definido pelo elemento fundamental à promoção da produtividade no processo produtivo. Assim, no modo agrário de desenvolvimento, a fonte do incremento de excedente resulta dos aumentos quantitativos de mão-de-obra e dos recursos naturais (em particular a terra) no processo produtivo, bem como da dotação natural desses recursos. No modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade reside na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos produtivos e de circulação. No novo modo informacional de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos.

Como mencionado, com o advento da internet e das tecnologias de informação surgiu uma nova forma de poder e um novo mercado econômico a ser explorado: o de dados pessoais, e esses converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia de informação.

Primeiramente, vale-se ressaltar o conceito de dado pessoal, que podem ser classificados como os fatos, comunicações e ações que se referem a circunstâncias



peçoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável.

No caso, estes fatos, comunicações e ações se tornam moedas a serem trocadas e, assim, o titular desses dados se torna o produto, visto que, com as novas ferramentas para coletas de dados, tornou-se possível rastrear a navegação dos usuários na internet, suas preferências, sua rede de amigos, sua posição geológica, e até mesmo suas emoções.

Neste sentido, Facchini Neto e Demolier (2018, *web*) declaram que:

E o lucro proveniente da comercialização de dados mostrou-se tão promissor e atraente que o mercado investiu pesadamente no desenvolvimento de novas tecnologias, mais amplas, criando poderosas ferramentas de classificação, triagem, seleção e controle de indivíduos. E o mais grave é que isso tudo vem acontecendo sem que os indivíduos tenham, em sua maioria, a menor noção de que estão sendo classificados/rotulados/analizados/influenciados e discriminados.

Isto ocorreu, pois a rápida expansão de plataformas digitais e de redes sociais auxiliou para o aumento do volume de dados coletados e a possibilidade de organizar estes de forma escalável. Os autores Nunes e Lehfeld (2018, *web*) dissertam que:

Evidentemente, com o surgimento e expansão da internet, a plataforma virtual passou a se tornar cada vez mais abrangente, dinâmica e atrativa não tão somente aos usuários comuns, mas também para diversas empresas que encontraram na internet um meio de acumular e disseminar informações de maneira ágil e, em tese, mais segura

Segundo Facchini Neto e Demoliner (2018, *web*), o poder já não mais necessita de uma grande base física, pois esse se encontra substancialmente desmaterializado, caracterizado pelo acesso e disponibilidade de informações, especialmente após o advento da internet.

À vista disso, infere-se que a sociedade se encontra em uma nova fase, em que obter conhecimento e dados significa deter poder e, dessa maneira, formas para regular este poder deverão ser criadas, vez que os dados pessoais dos consumidores converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia de informação.

1.2 A regulamentação dos dados pessoais e o Regulamento Geral Europeu sobre a Proteção de Dados, RGPD.

É notório que as concepções de tempo e de espaço foram profundamente modificadas a partir do fenômeno da *Internet*, proporcionando um amplo acesso comunicacional. Fruto deste novo contexto, existe a necessidade de criação de um novo paradigma capaz de compreender as múltiplas influências da tecnologia nas relações humanas (PIAIA, *et. al.* 2019).

Diante do cenário global em relação à coleta e armazenamento de dados pessoais, inúmeros países passaram a discutir a proteção de dados e as lides cibernéticas. Nesse sentido, Mendes (2014, p. 55) declara que:

As leis gerais constituíram o meio pelo qual a maioria dos países internalizou em seus ordenamentos jurídicos os princípios de proteção de dados pessoais consagrados em instrumentos internacionais (Fair Information Principles). Ademais, o regime legal de proteção de dados foi o instrumento encontrado para atribuir direitos subjetivos aos titulares dos dados pessoais, bem como para impor limitações e obrigações aos responsáveis pelo tratamento de dados.



Segundo Ruaro *et. al.*(2011, *web*), o judiciário alemão criou o direito à autodeterminação da informação, ou seja, o poder de acesso e controle dos próprios dados pessoais e o direito de selecionar o que cada indivíduo quer expor de si mesmo aos outros através da manifestação do consentimento.

Entretanto, a *General Data Protection Regulation*, criada pela União Europeia, foi de fato a primeira lei criada especificamente para a proteção de dados pessoais. Esta foi aprovada em 27 de abril de 2016, mediante debate criado pelo partido *The Greens*, consolidando-se na promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeus n. 679, entrando em vigor no dia 25 de maio de 2018. A norma tem como objetivo abordar a proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados, conhecidos pela expressão “*free data flow*” (PINHEIRO, 2018).

Ressalta-se que, embora a *General Data Protection Regulation* seja uma Lei Europeia, seus impactos são sentidos em todo o globo, conforme dispõem Cots e Oliveira (2019, p.23):

Isso porque sua aplicação abrangia não apenas as empresas europeias, mas todas aquelas que tratam dados pessoais de indivíduos que se encontravam em território europeu no momento da coleta, ou ainda, que oferecessem serviços à sua população

Neste mesmo sentido, Machado *et. al.* (2018, *web*) declaram que:

Uma das principais razões para já se ter afirmado que o GDPR “irá mudar não apenas as leis europeias de proteção dados, mas nada menos do que todo o mundo como o conhecemos”, encontra-se no âmbito de aplicação material e espacial do Regulamento.

Em relação aos efeitos do *General Data Protection Regulation- GDPR*, estes são principalmente econômicos, sociais e políticos, sendo apenas uma das primeiras regulamentações a surgir nesta área, buscando-se trazer mecanismos de controle para equilibrar as relações em um cenário de negócios digitais sem fronteiras (PINHEIRO, 2018).

Assim sendo, percebe-se que a Quarta Revolução industrial trouxe impactos em todo o globo, assim como a própria *General Data Protection Regulation- GDPR*, ressaltando a necessidade da criação de uma norma que regulamentasse o tema no Brasil.

2. NORMAS REGULADORAS NO BRASIL

Ante o exposto, percebe-se que a ausência de uma regulação geral de proteção de dados, além de colocar o Brasil em uma posição de completo descompasso com outros países, causava um duplo efeito: a um só tempo, deixava o cidadão desprotegido contra o uso abusivo dos seus dados pessoais, e criava um cenário de insegurança jurídica pela ausência de regras padronizadas para os mais diversos setores que tratam dados (RIELLI, 2019.).

2.1 A Proteção dos Dados Pessoais no Brasil

No Brasil, com a introdução das tecnologias de informação, o próprio Governo auxiliou a população a se manter “conectada”, conforme Paesani (2014, p. 67):



Pelo histórico de acesso à Internet entre 2007 e 2012 houve um avanço significativo no Brasil e a tendência é aumentar esse acesso porque cada vez mais as pessoas precisam estar conectadas. Contribuíram para esse processo o aumento do poder aquisitivo da população nos últimos anos, a isenção de PIS e COFINS sobre a venda de computadores e seus componentes em vigor até 2014.

Através dessa democratização da internet, as novas tecnologias de informação e comunicação passaram a modificar as configurações do próprio Estado, que utiliza a tecnologia para prestação de serviços públicos. Muitos são os exemplos que podem ser mencionados, como o sistema de Imposto de Renda no Brasil, atualmente sendo efetuado de forma online em sua totalidade, sendo um serviço que necessita de segurança e confiabilidade, para que o cidadão não seja lesado em seus direitos. (PIAIA, *et. al.*2019).

Assim, percebeu-se a necessidade da criação de normas referentes à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, declaram Andrade e Amado (2018, p.10):

Mas, em que pese a urgência, deve o legislador ater-se a questões de suma importância como a liberdade de expressão, a privacidade e a dignidade humana, questões discutidas e ratificadas pelo Brasil quando da assinatura do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Uma observância displicente ou omissa dessas questões poderá ferir de morte ou pretendida legislação ou o Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a regulamentação da privacidade e a proteção de dados no Brasil surgiu com a Constituição Federal de 1988, esta inovou ao reconhecer tanto a proteção dos direitos referentes ao cidadão como aqueles relativos ao Estado. Em seu Título II, que trata de Direitos e Garantias Fundamentais, esta Carta Magna declara em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse contexto, Nunes e Lehfel (2018, p.445) comentam que:

No Brasil, a privacidade tem tutela constitucional nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Constituem-se como direitos dos cidadãos brasileiros a proteção da vida privada, da intimidade e a inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, esta última passível de violação em casos de processos criminais.

Além dos direitos fundamentais mencionados acima, a Constituição também dispôs sobre a proteção dos dados pessoais quando trata do *habeas data* (art. 5º, inciso XLII). Segundo Klee (2015, *web*), o *habeas data* tem por objeto a proteção dos indivíduos contra: a) os usos abusivos e nocivos de registros pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) a introdução dos dados sensíveis nos registros; e c) a conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. Este foi regulamentado pela Lei nº 9.507/1997, que disciplina o direito de acesso a informações e o seu rito processual e dispõe em seu artigo 7º quando o *habeas data* será concedido (BRASIL, 1997, *web*):

Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:



- I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.087/90, apresentou uma Seção especificamente para os Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores (Seção VI). Neste, são abordados direitos que os consumidores têm em relação ao fornecimento dos seus dados, como o previsto no artigo 43 desta lei (BRASIL, 1990, *web*):

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

O referido Código também dispõe que os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. Ainda, informa que todas essas informações devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para pessoas com deficiências.

Nesse mesmo seguimento, discorre que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele, e que sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, o consumidor poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

Após a criação do Código de Defesa do Consumidor, em 2002 o Código Civil, Lei nº 10.46/2002, passou a dispor de forma mais detalhada sobre direitos inerentes à personalidade, como o direito à privacidade e o direito à intimidade, tratando especificamente em seu artigo 21 que “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”, estando estritamente ligado aos dados pessoais, sua coleta e armazenamento.

Em 2011 e 2014 surgiram três normas no ordenamento jurídico brasileiro que abordavam a proteção de dados pessoais, estas foram a Lei do Cadastro Positivo, Lei nº 12.414/2011, a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011 e o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014.

A lei do Cadastro Positivo, segundo Bioni (2018), foi criada com o intuito de disciplinar a formação de bancos de dados sob um conjunto de dados relativos às operações financeiras e de adimplemento para fins de concessão de créditos. Esta lei trouxe, pela primeira vez que o titular dos dados pessoais deveria ter o direito de gerenciá-los. A Lei de acesso à Informação trouxe pela primeira vez o tratamento que deveria ser conferido aos dados pessoais.

Já o marco civil da internet, estabelece princípios, garantias direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Esta norma, em seu artigo Art. 2º, inciso V, disciplina do uso da internet no Brasil tendo como fundamento o respeito à liberdade de expressão, o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da



personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede.

Os dados pessoais são tratados especificamente na referida Lei em sua Seção II “Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”, dispondo em seu artigo 10 que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

Entretanto, conforme descrito por Andrade e Amado (2018, p.14), a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet e seu decreto regulador, apesar da indiscutível importância para a sociedade, não são plenos e não satisfazem os anseios dos cidadãos brasileiros e sua inegável necessidade de proteção cibernética.

À vista dessas informações, até 2014 eram estas as Leis que regulamentavam a proteção de dados pessoais no Brasil, cenário que mudou em 2018 com a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

2.2 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, panorama geral

Após a criação do Marco Civil da internet, em 2014, constatou-se a necessidade da criação de uma lei que abordasse especificamente a proteção de dados pessoais. Entretanto esta discussão já estava presente em debates e discussões no país desde 2010, visto que a primeira consulta pública de um anteprojeto de lei que abordasse a proteção de dados pessoais foi conduzida pelo Ministério da Justiça em novembro daquele ano.

Após 8 anos do início das discussões sobre o presente tema, nasce a Lei nº 13.709, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, tendo como finalidade a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Primeiramente, vale-se conceituar dado pessoal para a lei supracitada, que apresenta três classificações de dados em seu artigo 5º: o dado pessoal, que corresponde a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; o dado pessoal sensível, que trata sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; e o dado anonimizado, o dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

Já em relação ao conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, conforme seu artigo 1º, a mesma versa sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Esta, segundo o seu artigo 2º, tem como fundamento o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Esta norma será aplicada, conforme dispõe o seu artigo 3º, em 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. Entretanto, esta operação deverá ter sido realizada em território nacional, a atividade de tratamento deverá ter por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais objeto do tratamento devem ter sido coletados no território nacional.

No tocante às hipóteses de tratamento dos dados pessoais, a referida Lei traz em seu artigo 7º as circunstâncias em que estes poderão ser tratados de forma lícita (BRASIL, 2018, *web*):

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- III - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- IV - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- V - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
- VI - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- VIII - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- IX - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Após a coleta e o uso desses dados, seguindo as orientações acima descritas, o término do tratamento destes ocorrerá nas hipóteses previstas no artigo 15º da Lei supracitada (BRASIL, 2018, *web*):

Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

- I - verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; II - fim do período de tratamento;
- II - comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; ou
- III - determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Assim, após o término do uso destes dados estes serão eliminados, sendo autorizada sua conservação apenas para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que



possível, a anonimização dos dados pessoais, transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei, ou uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Em relação à vigência desta lei, estava disposto no artigo 65 da Lei nº 13.709/18 que esta entraria em vigor no dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos artigos 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e 24 meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.

Entretanto, com a medida provisória nº 959, publicada em 29 de abril de 2020, e o artigo 20 da Lei nº 14.010, de 2020, publicada em 10 de junho de 2020, a vigência dessa norma foi alterada, modificando seu artigo 65, que passou a vigorar do seguinte modo (BRASIL, 2018, *web*):

Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)
I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)
I-A - dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; (Incluído pela Lei nº 14.010, de 2020)
I-B - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 959, de 2020)

Diante dessas alterações, os controladores de dados pessoais terão mais tempo para se adequarem às novas formas de armazenamento de dados trazidas por esta lei.

3. REPERCUSSÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Segundo Mendes (2014) o direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais envolve uma dupla dimensão: (i) a tutela da personalidade do consumidor contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais; e (ii) a atribuição ao consumidor da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.

Diante dessa afirmação, evidencia-se a importância da proteção dos dados pessoais e carência do normativo brasileiro em leis que abordassem essa proteção especificamente até a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

3.1 A proteção de dados pessoais e o Direito do Consumidor.

O uso de dados pessoais nas relações de consumo é uma prática corriqueira, pertencendo a vida cotidiana dos indivíduos, pois, para efetivar suas compras as pessoas precisam, na maioria das vezes, preencher cadastros com informações pessoais e realizam esse cadastro muitas vezes sem consciência das consequências disso.

Justamente por ser uma prática habitual nas relações consumeristas, o consumidor não se opõe a fornecer estes dados e nem se questiona sobre a licitude deste ato dos lojistas. Contudo, a acumulação de dados sobre o consumidor, ainda que seja mínima, não deixa de ser uma invasão de sua privacidade e, apesar de ser uma conduta frequente, há a necessidade de averiguar e fiscalizar o poder das empresas que detêm esses dados. Como demonstra Efig (2002, p. 59):

A sociedade de consumo se curva diante do poder extraordinário alcançado pelos arquivos de dados pessoais, notadamente transformados de auxiliares do



comércio a instrumentos indispensáveis à análise da possibilidade de concessão do crédito pretendido, sustentando a última palavra a ser seguida pelos fornecedores para tanto, não importando a veracidade e a abrangência do dado acusado.

Destaca-se que a organização e coleta dos dados dos consumidores sempre esteve presente nas relações de consumo, entretanto apenas com a informatização e sofisticação dos bancos de dados esta problemática veio à tona. Essa mudança aumentou quantitativamente a coleta desses dados, tornando o armazenamento ilimitado, o que afetou diretamente o direito à privacidade dos proprietários desses dados. Sobre as fontes da coleta de dados dos consumidores, Mendes (2014, p. 96):

Pode-se dizer que as principais fontes de dados dos consumidores são: i) transações comerciais; ii) censos e registros públicos; iii) pesquisas de mercado e de estilo de vida; iv) sorteios e concursos; v) comercialização e cessão de dados; e vi) tecnologias de controle na internet

Ainda, segundo Mendes (2014), a coleta de informações realizada pelo próprio mercado pode ser considerada como a primeira fase do tratamento de dados, nesta a empresa ou o controlador do banco de dados necessita obter as informações pessoais do consumidor, o que pode ser realizado a partir do próprio consumidor ou de outras fontes. Já na segunda fase do tratamento, esses dados são submetidos a técnicas para lapidá-los e transformá-los em informações úteis para a empresa. Por fim, o terceiro momento de tratamento de dados, corresponde à sua difusão ou cessão.

Diante disso, cabe ao direito regularizar a coleta desses dados e equilibrar as relações de interesse comercial e privacidade que os novos veículos de comunicação geram, conforme dispõem Peck (2002, p. 37):

Se por um lado cresce a cada dia o número de empresas que disputam os consumidores da internet [...] com preenchimento de formulários e cadastros, por outro lado cresce também o nível de conscientização dos consumidores quanto à possibilidade de aplicação do atual código do consumidor, que trata da matéria de utilização de informações de consumidores para fins comerciais, trazendo uma série de penalidades para quem a pratica.

Isto posto, percebe-se a correlação entre o Direito do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados, e assim, a necessidade de analisar esta nova Lei com um olhar específico para as novas relações consumeristas.

3.2 Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas relações consumeristas e as sanções propostas por esta norma

Com a vigência da LGPD, as empresas deverão observar como os dados dos consumidores serão coletados, tratados, para qual finalidade e sua eventual transferência para terceiros, vez que a norma traz em seu artigo 2º como fundamento a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, destacando a importância da defesa dos direitos desses titulares.

Quinaina (2019, *web*) também trata sobre o impacto desta lei nas relações de consumo:

Mas haverá relação de consumo aplicada à LGPD? Não há dúvida de que na maior parcela de relações jurídicas nas quais incidirá a LGPD haverá também o concurso de normas protetivas do consumidor, como nas relações bancárias,



planos de saúde, serviços públicos etc. Nota-se que a LGPD prevê mecanismos protetivos similares aos previstos no CDC, como é o caso da inversão do ônus da prova, realçando a comunicação das fontes entre os dois sistemas de proteção de dados e proteção do consumidor.

Assim, para se adaptarem à nova realidade imposta pela Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, os estabelecimentos deverão observar os direitos e deveres impostos nesta nova norma.

O artigo 9º da referida lei trata sobre o direito do titular de ter acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados. Estes dados deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca da finalidade específica do tratamento; da forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; da identificação do controlador; das informações de contato do controlador; das informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; das responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e dos direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no artigo 18 desta Lei.

Estes direitos dispostos na Lei Geral de Proteção de Dados, estão de acordo com o direitos previstos no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, que trata que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. Ainda, conforme já exposto, o Código de Defesa do Consumidor garante a objetividade e clareza dos cadastros e dados armazenados dos consumidores.

À vista dessas informações, os estabelecimentos comerciais deverão adotar medidas de segurança e boas práticas e governança, previstas no Capítulo VII da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com o intuito de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Práticas estas que deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

Diante disso, com o objetivo de preservar esses dados, os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, poderão formular regras de boas práticas e de governança visando sistematizar e proteger os dados coletados, conforme dispõem o artigo 50 da Lei nº 13.709/18 (BRASIL, 2018, *web*) :

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Estes agentes deverão levar em consideração para a criação das práticas de segurança e governança, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular. Ainda, deverão observar a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados.

Em relação aos objetivos da implementação de práticas de segurança e



governança, Cots e Oliveira discorrem que (2019, p. 186):

O primeiro deles é de impedir acessos não autorizados, mantendo sua confidencialidade de acordo com o necessário para se alcançar a finalidade do tratamento. O Segundo, que em suma, pretende preservar a integridade das informações e prevenir vazamentos, depende em boa parte do primeiro objetivo. Isso porque, nem todo vazamento ou perda de informações se dá pela quebra do sistema de segurança, mas muitas vezes se dá por credenciais utilizadas indevidamente, por culpa ou dolo.

Ainda, estas práticas deverão ser aplicadas tanto nas informações coletadas e armazenadas *online* quanto *offline*, sendo necessário considerar o aspecto físico dessas informações.

Ressalta-se que, a aplicação de boas práticas de segurança e governança aumentará a credibilidade dos estabelecimentos perante seus consumidores e parceiros de negócios, sendo um diferencial competitivo no mercado, conforme declaram Silva, *et al.* (p.273, 2019):

A adoção de tais medidas, além de ser capaz de atenuar eventual penalidade por violação à LGPD, tal como disposto no artigo 52, parágrafo 1º inciso VIII, da LGPD, pode ser de grande valia para os organizações no que se refere à sua credibilidade perante seus consumidores e parceiros de negócios, sendo um diferencial competitivo no mercado.

Por conseguinte, caso estes estabelecimentos comerciais e empresas não se adaptem ao novo cenário da proteção de dados pessoais, estes sofrerão as punições previstas no Capítulo VIII, artigo 52 da LGPD, que trata sobre as sanções administrativas. Sendo estas: advertência, (inciso I, artigo 52); multa simples ou diária (incisos II e III); publicização da infração (inciso IV); bloqueio temporário dos dados pessoais (inciso V); eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração (inciso VI), a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador (inciso X), a suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período (inciso XI), e a proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados (inciso XII).

Estas sanções administrativas serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, devendo considerar, conforme dispõem o Artigo 52, § 1º (BRASIL, 2018, *web*):

Art. 52 (...)

§ 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

- I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a condição econômica do infrator;
- V - a reincidência;
- VI - o grau do dano;



- VII - a cooperação do infrator;
- VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei;
- IX - a adoção de política de boas práticas e governança; X - a pronta adoção de medidas corretivas; e
- X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Ademais, além das sanções previstas para os estabelecimentos previstas no artigo 52 da Lei 13.709/18, os controladores e operadores de dados que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causarem a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, também serão responsabilizados e obrigados a repará-lo.

Estes agentes de tratamento não serão responsabilizados pelos danos que possam causar em razão da atividade que prestam, quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Diante dessas informações, verifica-se que esta lei 13.709/18 trará impactos diretamente em qualquer atividade que envolva a utilização de dados pessoais, por pessoas físicas ou jurídicas ou até mesmo o Estado, independentemente do meio, em território nacional ou em países que estejam localizados os dados, conforme consta no seu artigo 3.

Assim, reitera-se que, as empresas que vinham realizando suas atividades no mercado de consumo sem regras gerais a serem cumpridas e fiscalização por parte da Administração Pública, caso não se adaptem, poderão estar sujeitas a sanções. (CARVALHO NETO; COUTINHO 2019).

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa surgiu após uma conversa entre esta pesquisadora e sua orientadora sobre os impactos da Lei nº 13.709 no Direito do Consumidor, dada a contemporaneidade da referida lei e os questionamentos sobre a sua aplicação e eficácia. Assim, após este diálogo, manifestou-se nesta pesquisadora o interesse pelo Direito Digital e pela Proteção de Dados Pessoais.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, pois não visa representatividade numérica para chegar a uma conclusão, mas sim o aprofundamento de um tema, buscando entender o porquê das coisas e não exatamente a comprovação de um fato. Neste sentido a pesquisa qualitativa trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis (MINAYO, 2001, p. 14).

Já o tipo de pesquisa empregue foi a bibliográfica, esta se define como “a que se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros ou obras congêneres” (KÖCHE, 2015, p. 122).

Além da bibliográfica, também foi utilizada a pesquisa documental, nesta, além de documentos como livros e artigos, usa-se também documentos oficiais e arquivos públicos, além dos documentos jurídicos como a Lei Geral de Proteção de Dados, o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor. Optou-se por usar a análise documental neste artigo, pois esta favorece a observação do processo de maturação ou



de evolução de indivíduos, grupos, conceitos, conhecimentos, comportamentos, mentalidades, práticas, entre outros, como demonstra Cellard em sua Obra “A análise documental”. O método de pesquisa escolhido foi o dedutivo, método em que se estuda enunciados gerais para chegar a uma conclusão específica.

Já o nível de aprofundamento adotado foi o explicativo, pois pretende, junto com o meio dedutivo de pesquisa, explicar o porquê e como ocorrerá o impacto da proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, assim como irá ocorrer a responsabilização das pessoas que infringirem essa lei. Neste contexto Gil (2008) ressalta que referida pesquisa tem como foco central a preocupação em apontar os fatores que determinam ou que contribuem para a ação de determinado fenômeno. Assim, tal tipo de pesquisa busca se aprofundar o conhecimento da realidade, vez que busca explicar a razão.

CONCLUSÃO

A sociedade se encontra na quarta revolução industrial, onde o petróleo, a indústria automobilística e a energia, que antes regiam as relações jurídicas e econômicas, estão sendo substituídos pelas tecnologias de informação.

Nesta nova forma organização social, os dados pessoais dos indivíduos se tornaram um ativo na economia, vez que possuir informações sobre os indivíduos e suas preferências, significa deter poder sobre estes e suas interações com o mundo, sejam estas econômicas, políticas ou pessoais.

Isto posto, verificou-se a necessidade da criação de leis que regulassem a coleta e o armazenamento dos dados coletados, bem como os direitos e deveres dos detentores destes, sendo o Regulamento Geral Europeu a primeira norma criada com esse objetivo específico. Ressalta-se que, além da criação de normas reguladoras, os profissionais de diferentes áreas do conhecimento devem compreender essa nova concepção de mundo para que possam regulamentar o tratamento dos dados e o uso desse meio de informação tão poderoso.

No Brasil, até a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, não havia legislação específica criada com esse intuito. A proteção de dados pessoais ocorria de maneira transversal, sendo aplicado os dispositivos contidos em normas como a Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Marco civil da Internet, Lei do Cadastro Positivo e a Lei do Acesso à Informação. Entretanto, apesar dessas Leis abordarem o tema, havia lacunas no ordenamento jurídico brasileiro em relação à proteção de dados pessoais, sendo necessária a criação de uma norma específica.

Dessa forma, surgiu a Lei nº 13.709, tendo como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Esta Lei trará impactos em diversas áreas de estudo do Direito, vez que, atualmente, quase todas as interações pessoais e jurídicas envolvem dados pessoais, porém, neste artigo abordou-se apenas os impactos da mesma no âmbito do Direito do Consumidor.

Nas relações consumeristas, a coleta e o uso de dados pelos estabelecimentos comerciais tornaram-se uma prática habitual, dado que, para realizarem suas compras ou contratarem um serviço, os consumidores, na maioria das vezes, precisam preencher cadastros com suas informações pessoais.

Entretanto, ainda que o Código de Defesa do Consumidor já abordasse a proteção de dados em seus artigos, este não apresentava sanções específicas aos estabelecimentos que não respeitassem os direitos dos titulares desses dados,



demonstrando a necessidade da aplicação da Lei nº13.709/18 nas relações consumeristas.

Tendo em vista o exposto, verifica-se que a criação da Lei Geral de Proteção de Dados foi de extrema importância para o aparato legislativo brasileiro, preenchendo lacunas existentes sobre o tema e regularizando-o, dado que, antes da criação da mesma, os estabelecimentos comerciais realizavam suas atividades sem regras gerais a serem cumpridas e sem fiscalização por parte do Estado.

Diante disso, é notório que a referida lei impactará as relações de consumo, e os estabelecimentos comerciais deverão se adequar à esta, adotando medidas de segurança e boas práticas e governança. E, caso não se adaptem ao novo cenário da proteção de dados pessoais, estes estabelecimentos sofrerão as punições previstas no Capítulo VIII, artigo 52 da Lei nº 13.709/18.

Porém, ressalta-se que o presente estudo não encerra a discussão da temática, existindo amplo campo para debates a cerca dos possíveis impactos causados pela lei 13.709/18 no âmbito do direito do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, D. C. M; AMADO, M. G. S. **Da não proteção aos dados pessoais no campo cibernético e do limbo legislativo**. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Brasília-DF, v. 12, n. 1, p. 1-17, jun./2018.

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

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). BRASIL: Câmara Municipal, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. BRASIL, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). BRASIL, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.



BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.507%2C%20DE%2012%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201997.&text=Regula%20o%20direito%20de%20acesso,rito%20processual%20do%20habeas%20data.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.&text=4%C2%B0%20Constatada%20a%20inexatid%C3%A3o,comprobat%C3%B3rios%2C%20poder%C3%A1%20requerer%20sua%20retifica%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

CASTELLS, M. **A sociedade em Rede.(A era da informação: economia, sociedade e cultura;** (v.1) Tradução de Roneide Venâncio Majer. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999

CELLARD, A. **A análise documental.** In: POUPART, J. et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.* Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295-316.

EUROPA. **Lei nº 2016/679, de 27 de abril de 2016.** Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 1 jun. 2020.

FACCHINI NETO, Eugênio; DEMOLINER, Karine Silva. **Direito à Privacidade e Novas Tecnologias: Breves Considerações Acerca da Proteção de Dados Pessoais no Brasil e na Europa.** REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, Porto - Portugal, v. 4, n. 7, p. 19-40, jul./2018. Disponível em: <<https://editorialjurua.com/revistaconsinter/revistas/ano-ivnumerovii/direitos-difusoscoletivos-e-individuais-homogeneos/direito-aprivacidade-e-novastecnologias-breves-consideracoes-acerca-da-protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/>>. Acesso em: 6 set. 2019.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*, 6 ed, São Paulo: Atlas, 2008

JOTA. **Proteção de dados e expectativas para 2020.** Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constitu. Acesso em: 3 mai. 2020.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa.** 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

KLEE, Antonia. E. L. **A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais.** Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 41, n. 2, p. 126153, dez./2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/21427/13322>>. Acesso em: 6 set. 2019.



MACHADO, Diego Carvalho et al. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro: primeiras impressões de análise comparativa**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2smFX6D>. Acesso em: 09/06/2020

MIGALHAS. **LGPD e a relação de consumo**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313348/lgpd-e-a-relacao-de-consumo>. Acesso em: 3 mai. 2020.

MINAYO, M. C. S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2001.

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

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. **Cidadania digital: direitos, deveres, lides cibernéticas e responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 35, p. 437 jan/ jun. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>

PIAIA, Thami Covatti; COSTA, Bárbara Silva; WILLERS, Miriane Maria. **Quarta Revolução Industrial e a Proteção do Indivíduo na Sociedade Digital: Desafios para o Direito**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, v. 28, n. 1, p. 122-140, abr./2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)** / São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Edição Digital)

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIELLI, Mariana Marques. **O processo de construção e aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Bases legais para o tratamento de dados em um debate multissetorial**. Revista do Advogado, São Paulo-SP, v. 1, n. 144, p. 7-14, nov./2019.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. **O Direito à Proteção de Dados Pessoais e a Privacidade**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 53, jun. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30768/19876>. Acesso em: 06 set. 2019. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rf_dufpr.v53i0.30768.



A ILEGALIDADE DA SUSPENSÃO ACAUTELATÓRIA DE CREDENCIAMENTO PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS ELETRÔNICOS REGULAMENTADA PELO ATO DIAT Nº 20/2019 – SANTA CATARINA

William Holz¹

Lucas Rafael Gonçalves Corrêa Cidral²

Gabriel de Borba Schulz³

Resumo: O objetivo deste artigo é de demonstrar a ilegalidade da suspensão acautelatória de credenciamento para emissão de documentos fiscais eletrônicos regulamentada pelo Ato DIAT nº 20/2019, no Estado de Santa Catarina. O método científico utilizado foi o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documentação através da apresentação de jurisprudência e posicionamento doutrinário para contribuir com o debate da matéria. Atualmente, o Fisco Estadual de Santa Catarina pode suspender a emissão de documentos fiscais de qualquer contribuinte que se tenha indícios de fraude, sem processo administrativo ou decisão administrativa. Esses indícios, muitas vezes, decorrem de descumprimento de obrigações acessórias e em razão disso, a medida do Fisco é desproporcional e a norma, inconstitucional. À baila dessa introdução, procurou-se enfrentar essa recente prática contra os contribuintes à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e principalmente, da preservação da empresa, uma vez que a suspensão acautelatória impede o contribuinte de exercer a atividade empresarial.

Palavras-chave: Suspensão Acautelatória. Princípios Constitucionais. Garantias do Contribuinte. Ampla Defesa. Preservação da Empresa.

INTRODUÇÃO

Em Santa Catarina, no dia 22 de julho de 2019, foi publicado o Ato DIAT nº 20/2019, que disciplina o procedimento de suspensão acautelatória de credenciamento para emissão de documentos fiscais eletrônicos (DF-e) no caso de indícios de fraude, simulação ou irregularidades fiscais.

A referida norma possibilita a suspensão acautelatória do direito de o contribuinte emitir documentos fiscais eletrônicos, como, por exemplo, a Nota Fiscal, inviabilizando toda a atividade da empresa.

Por ser medida acautelatória, não há processo administrativo prévio para citar o contribuinte e oportunizar a defesa e o contraditório.

Desta feita, o contribuinte toma conhecimento da suspensão no momento em que ela é efetivada, para, então, poder exercer seu direito de defesa.

Registra-se que enquanto a manifestação do contribuinte não é analisada e julgada, a suspensão permanece, impossibilitando que a empresa exerça a sua atividade.

Nesta toada, é patente a violação de direitos constitucionais ocasionada pelo Ato do Diretor de Administração Tributária (DIAT), principalmente os do contraditório e ampla defesa, da preservação e função social da empresa.

1. DO PROTOCOLO DE SUSPENSÃO ACAUTELATÓRIA DE CREDENCIAMENTO PARA EMISSÃO DE DF-E

A suspensão acautelatória decorre da apuração de indícios de fraude, simulação ou irregularidades fiscais, que podem incluir: a) a análise entre a área ocupada pela empresa e a atividade social exercida; b) se o contribuinte possui registro de consumidor de energia elétrica, água e serviços de comunicação; c) (ir)regularidade das notas fiscais

1. Advogado. E-mail: williamholz@wholz.com.br.

2. Advogado. E-mail: lucas@wholz.com.br.

3. Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.



e emissão de Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e); d) endereço de *Internet Protocol - IP* diverso da sede da empresa; entre outros.

Percebe-se que os indícios não comprovam ou demonstram a efetiva irregularidade fiscal, porém o Fisco entende que são suficientes para suspender, *inaudita altera pars*, o direito do contribuinte emitir documentos fiscais eletrônicos, que englobam a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) e Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e), conforme dispõe o art. 1º do Ato DIAT nº 20/2019:

Art. 1º Disciplinar o procedimento de suspensão acautelatória de credenciamento para emissão de documentos fiscais eletrônicos (DF-e) no caso de indícios de fraude, simulação ou irregularidades fiscais.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Ato, serão considerados os seguintes documentos fiscais eletrônicos (DF-e):

I – Nota Fiscal Eletrônica – NF-e;

II – Conhecimento de Transporte Eletrônico – CT-e.

É evidente o abuso de direito admitido pelo Ato DIAT nº 20/2019, pois a sanção aplicada é totalmente desproporcional aos indícios apurados pelo Fisco.

Não há dúvidas que a suspensão do direito de emitir qualquer documento fiscal eletrônico inviabiliza a atividade do contribuinte. Assim, esta penalidade só deveria ser aplicada em casos extremos, quando o Fisco efetivamente obtivesse provas irrefutáveis de violação das normas legais.

Na esteira do disposto no art. 2º, IV, do Ato DIAT 20/2019, no momento de ocorrência da suspensão acautelatória não há início de fiscalização, apenas apuração de indícios, isso é, presunções:

Art. 2º O procedimento de que trata este Ato:

IV – **não configura início de fiscalização**, permanecendo o contribuinte com a espontaneidade para cumprir suas obrigações tributárias, pelo que não cabe a emissão de Termos de Início e de Encerramento de Fiscalização, em atenção ao disposto nos arts. 114 a 119 do Regulamento de Normas Gerais de Direito Tributário do Estado de Santa Catarina, aprovado pelo Decreto nº 22.586, de 1984;

Por inexistir início de fiscalização, não há apuração probatória, sendo que os indícios são apurados a partir de pesquisa e análise de dados, realizada pelo sistema eletrônico da Secretaria do Estado da Fazenda. Assim, através de uma apuração eletrônica, o Fisco suspende, arbitrariamente, o direito do contribuinte de emitir documentos fiscais.

Após essa suspensão acautelatória, o contribuinte é notificado para, querendo, apresentar defesa ao Gerente Regional da Fazenda Estadual de sua circunscrição, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 4º do mesmo diploma legal:

Art. 4º O contribuinte, pessoalmente, ou por meio de procurador com firma reconhecida por autenticidade no instrumento de procuração, poderá, sem efeito suspensivo, apresentar defesa ao Gerente Regional da Fazenda Estadual de sua circunscrição, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de emissão do protocolo referido no inciso V do *caput* do art. 2º deste Ato, devendo a defesa vir acompanhada de elementos que demonstrem a improcedência dos indícios apontados, o efetivo exercício da atividade empresarial, a capacidade de armazenamento no estabelecimento do contribuinte e o modelo de logística utilizado para recebimento e despacho de mercadorias, bem como a capacidade econômica das pessoas indicadas no respectivo quadro societário em face do



valor das operações ou prestações indicadas nos documentos fiscais eletrônicos emitidos.

Caso a decisão do Gerente Regional seja insatisfatória, o contribuinte poderá, sem efeito suspensivo, apresentar recurso ao Diretor de Administração Tributária, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência da decisão.

Não há dúvidas da violação prematura do direito do contraditório e ampla defesa, posto que o contribuinte só poderá se manifestar após a efetivação da medida imposta pelo Fisco.

Deste modo, até o julgamento do recurso administrativo a suspensão permanecerá e, por consequência, a empresa estará impedida de exercer qualquer atividade e emitir documentos fiscais eletrônicos.

A alternativa que resta ao contribuinte é buscar através da via judicial a proteção dos direitos garantidos pela Carta Maior. Já existem decisões liminares no sentido de suspender a suspensão acautelatória de emissão dos documentos eletrônicos fiscais no estado de Santa Catarina.

2. DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O abuso de direito do Ato DIAT é flagrante, ao passo que viola as normas e garantias constitucionais, que tratam dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, razoabilidade, proporcionalidade, motivação das decisões, função social e preservação da empresa.

Como é sabido, no ordenamento pátrio é vedada a execução de medidas restritivas à atividade do contribuinte quando as providências coativas dificultem ou impeçam o desempenho da mercancia. Tal entendimento está consolidado no Poder Judiciário, aliás, nunca foi objeto de grandes discussões, pela observância cerrada do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DO CNPJ. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. CONTROVÉRSIA SOLUCIONADA COM AMPARO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: '(...) **tal procedimento, que permite a suspensão da inscrição no CNPJ antes de ser propiciada a contraposição de razões à representação fiscal, fere os princípios da ampla defesa e do contraditório, os quais, como declara a Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), merecem observância em processo judicial e administrativo**' (fl. 171, e-STJ).

2. Não se configura a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Apesar de terem sido apontados dispositivos legais, a matéria foi debatida com fundamento eminentemente constitucional (ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal), sendo a sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional. Assim, não é possível analisar a tese recursal, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal estabelecida nas alíneas do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp 1.679.057/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/10/2017). (Grifamos)



De fato, a pesquisa jurisprudencial não evidenciaria outra coisa senão a **impossibilidade** do Fisco de atuar de forma temerária, constringendo o contribuinte e trazendo prejuízos à toda sociedade ao fazer uso de medida extrema, sem real comprovação da irregularidade fiscal cometida.

2.1 Da razoabilidade e proporcionalidade

Há de se considerar, ainda, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque supostas obrigações acessórias não cumpridas carecem de penalidades que inviabilizam a continuidade da empresa. Quanto à razoabilidade, vale citar Paulo de Barros Carvalho (2019, v.1, p.613):

(...) um dos princípios a serem seguidos pela Administração Pública é o da razoabilidade, segundo o qual **o meio deve ser adequado ao fim almejado. Sua consecução exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a administração e os fins que ela tem que realizar.**

Levando em conta uma interpretação fundada em princípios constitucionais garantidores do contribuinte, bem como na existência do próprio Estado democrático de direito – que traz consigo deveres e obrigações – **a atuação da Administração Pública está vinculada ao estrito cumprimento da lei, não podendo dela desbordar-se.**

Na toada do que leciona Odete Medauar (1996), não podem ser impostas aos indivíduos obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Havendo distorção entre a medida exigida e o fim efetivamente nela previsto, entre a restrição imposta e a finalidade de sua imposição, haverá inadmissível violação aos mencionados princípios.

No caso, não houve qualquer respeito ao princípio da proporcionalidade, pois, conforme Heleno Taveira Torres (2019, v.1, p.815) ensina, trata-se de um princípio garantista:

Destarte, a proporcionalidade é espécie de princípio jurídico, na modalidade de garantia constitucional, ainda que implícita, e que tem por finalidade servir como controle de aplicação de restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais. A implicitude não prejudica a proporcionalidade na sua natureza normativa de garantia ou na eficácia jurídica de princípio. Sobrelevam-se, entre os seus fins, a efetivação da justiça e da igualdade e as proteções contra o arbítrio e a discricionariedade excessiva nas restrições a direitos e liberdades. (TORRES, 2019, p.675).

A suspensão acautelatória de credenciamento para emissão de documentos fiscais eletrônicos não mostra razoabilidade com o descumprimento de obrigações tributárias acessórias, posto que impede o desempenho da atividade econômica, causando prejuízos incompatíveis com a finalidade do bem jurídico protegido pela norma, prejudicando a geração de empregos, movimentação da economia e a própria arrecadação do Estado, já em grave crise econômica e fiscal.



2.2 Do contraditório e da ampla defesa

De acordo com o art. 5º, inciso LV⁴, da Constituição Federal, vê-se que o Poder Constituinte Originário resguardou aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. A atuação da administração deve ter respaldo na Constituição Federal e nas leis, e não ser um ato de arbítrio, sob pena de se negar aos administrados as garantias próprias do Estado Democrático de Direito.

Colaciona-se outro autor de direito administrativo, Marcelo Madureira Prates (2005), apenas repisando todos os argumentos já citados:

Não obstante, se o poder sancionador geral detido pela Administração faz parte do poder punitivo estatal, há de se admitir que o seu regime jurídico, de sua natureza administrativa, seja influenciado por princípios e por regras comuns a todo o direito público sancionador, e não apenas ao direito penal – como o princípio da presunção da inocência, a regra non bis in idem ou o respeito pelos direitos de audiência e defesa. Até porque tais princípios e regras são derivados, ou ainda, ‘meras individualizações’ de princípios constitucionais maiores, como, p. ex., o do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, nomeadamente sob o seu aspecto de proteção da confiança.

Estabelecer sanções dessa magnitude viola inúmeros princípios constitucionais, manchando uma atuação pública que deveria pautar-se pela legalidade. Evidente que o maior princípio constitucional, do Estado de Direito – corolário do contraditório e da ampla defesa – não é devidamente interpretado pela autoridade fiscal quando esta promove suspensão de credenciamento de contribuintes sem processo administrativo.

Neste diapasão, não é possível presumir, através de indícios, as irregularidades fiscais cometidas pelo contribuinte, até porque a Legislação infraconstitucional estabelece que os atos administrativos devem ser motivados, justamente com escopo de evitar prejuízos imensuráveis e garantir o contraditório e ampla defesa. Dispõe o art. 50 da Lei Federal nº 9.784/1999:

Art. 50. Os atos administrativos **deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

4. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



Sobre a motivação dos atos administrativos, Di Pietro (2018) ensina que:

“O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.

O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que os atos administrativos devem ser motivados, sob pena de nulidade:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA. GRADAÇÃO DA PENALIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. A fundamentação produzida no acórdão para anular a decisão administrativa que aplicou pena pecuniária à recorrida foi a ausência de motivação para a fixação de multa. Como demonstrado no acórdão recorrido, **o ato administrativo questionado reputa-se eivado de ilegalidade, visto que insuficientemente motivado** pelo órgão ambiental. Depreende-se que a análise perpetrada pelo juiz não foi sobre o mérito do ato administrativo, mas sobre a ilegalidade do ato administrativo produzido sem a devida motivação. RMS 40.769/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 7/2/2014. 2. Recurso Especial não provido.⁵

Com efeito, a ausência de motivação dos atos administrativos fere diretamente o direito do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal, garantias asseguradas pelo art. 5º, LIV, LV, da Carta Magna.

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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou, há muito, o entendimento de que “**a suspensão da inscrição no curso do processo administrativo, antes do início ou término do prazo para apresentação de defesa, viola os princípios constitucionais antes mencionados**”⁶.

É totalmente relevante a motivação do ato administrativo para a efetividade do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório do contribuinte, pois se a suspensão de direitos é genérica, infundada e presumida, o contribuinte não terá acesso aos pressupostos de fato e de direito do ato que atingiu a sua esfera jurídica.

Neste norte, todo o ato administrativo que produza efeitos jurídicos desfavoráveis a direitos ou interesses individuais de seu destinatário deve ser obrigatoriamente

5. STJ - REsp: 1787922 ES 2018/0326005-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/02/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2019.

6. STJ - REsp nº 1.752.490 - PR (2018/0167350-8), publicado em novembro de 2018.



fundamentado. Trata-se de desdobramento natural do devido processo legal e da garantia fundamental da ampla defesa.

A Administração não pode deixar de examinar as motivações da conduta do contribuinte, objetivada no conjunto de atividades desempenhadas, sob pena de converter, o ato administrativo de aplicação de multa, em forma de ilegalidade e de inconstitucionalidade (TORRES, 2019).

2.3 Da preservação e da função social da empresa

Ademais, com a incapacidade do contribuinte de exercer a atividade empresarial, a sanção aplicada viola, diretamente, os princípios da preservação e da função social da empresa.

O princípio da preservação da empresa busca evitar que a sociedade empresária sofra com uma crise fatal, que poderia acarretar o fim de empregos, desabastecimento de produtos e serviços e diminuição na arrecadação de impostos. Nessa esteira é o ensinamento de Negrão (2017):

[...] atender à preservação da empresa, mantendo, sempre que possível, a dinâmica empresarial em três aspectos fundamentais: fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesses dos credores.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra a proteção à preservação da empresa por duas razões fundamentais. A primeira é pela forma de conservação da propriedade privada, na teia do Art. 170, II, IV e parágrafo único, da Constituição da República:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

[...]

IV - livre concorrência;

Parágrafo Único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em Lei.

E a segunda, é pelo meio de preservação da sua função social, ou seja, do papel socioeconômico que a sociedade empresarial desempenha junto à população em termos de fonte de riquezas e como ente promotor de empregos.

Além de estar garantido na Constituição Federal (art. 5º, XXIII e art. 174), o princípio da preservação da empresa ganhou forças com a sua previsão expressa no art. 47 da lei 11.101/05:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, **a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.** (Grifamos)

Nesse sentido, oportunas são as palavras de Coelho (2011) ao reforçar o objetivo do princípio da preservação da empresa:



[...] no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste.

A preocupação pela conservação da atividade empresarial ultrapassa a esfera dos sócios da sociedade empresária, atingindo todos aqueles que se beneficiam da sua capacidade econômica. Entre eles os credores, que desejam garantir seu crédito, os empregados, em razão dos seus postos de trabalho, consumidores, no que se refere a bens e serviços e o Fisco, em virtude da arrecadação de tributos. Outrossim, não há razoabilidade em suspender, de forma acautelatória e sem provas concretas, as atividades de uma empresa que gera empregos, recolhe tributos e fomenta e economia do Estado.

CONCLUSÃO

O Ato DIAT nº 20/2019, publicado em 22 de setembro de 2019, foi elaborado pelo Diretor de Administração Tributária de Santa Catarina e disciplina sobre o procedimento de suspensão acautelatória de credenciamento para emissão de documentos fiscais eletrônicos (DF-e) no caso de indícios de fraude, simulação ou irregularidades fiscais.

A suspensão ocorre de modo *inaudita altera pars*, isto é, sem prévia comunicação ao contribuinte. Simplesmente é enviada uma notificação pelo sistema SAT, informando que, a partir daquele momento, a empresa não poderá emitir mais os documentos fiscais eletrônicos.

Sem a emissão da nota fiscal ou do conhecimento de transporte, o contribuinte não pode atuar regularmente, assim, a medida arbitrária realizada pelo Fisco impede o funcionamento da empresa, sem possibilitar qualquer direito de defesa.

Conforme exposto, o Ato DIAT nº 20/2019 viola diretamente os preceitos constitucionais do direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, preservação e função social da empresa.

Portanto, o contribuinte que tiver suspenso, de forma acautelatória seu direito de emissão de documentos fiscais eletrônicos, poderá pleitear judicialmente a revogação da medida imposta pelo Fisco, vistos os direitos constitucionais violados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 549 p. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1180 p. v. 1. ISBN 978853097956.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.



NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. 352 p. v. 1.

STJ - REsp: 1752490 PR 2018/0167350-8, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 12/11/2018

STJ - REsp: 1787922 ES 2018/0326005-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/02/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2019

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.



A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Yasmin de Amorim Santos¹
Luis Felipe do Nascimento Moraes²

Resumo: O presente artigo tem como objeto de estudo a recente possibilidade de terceirização da atividade-fim das empresas, após a promulgação da lei nº 13.467/2017. Tem como objetivo geral examinar a precarização nas relações de trabalho, bem como a possível violação aos direitos dos trabalhadores. Dessa forma é de suma importância uma análise cuidadosa acerca do tema, de modo a verificar se a atual legislação é suficiente para proteger os empregados nas relações trabalhistas. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A partir desta pesquisa foi possível identificar as consequências trazidas pela nova legislação, bem como confronto doutrinário, e amostragem de dados acerca dos aspectos jurídicos e sociais.

Palavras-chave: Terceirização; Atividade-fim; Precarização.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como escopo analisar os impactos causados pela terceirização de serviços nas relações empregatícias, especialmente após a publicação da lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista) que alterou os dispositivos da lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, permitindo a terceirização inclusive das atividades-fim das empresas contratantes. O tema é de extrema importância, pois, a terceirização trata-se de uma modalidade de contratação de mão de obra com capacidade demasiadamente precarizadora das relações de trabalho, intensificando diferenças e fragmentando a organização dos trabalhadores. Dessa forma, o maior imbróglio está no que para uns trata-se da afronta a todo o sistema de normas imperativas e protetivas do trabalho humano, inclinando-se a redução salarial, ampliação de jornada, e aumento do índice de acidentes, enquanto para outros significa um progresso em termos econômicos.

Esclarece-se que a terceirização ocorre quando empresas contratam outras empresas para cuidar de determinado serviço ou mão de obra, em vez de ter funcionários próprios para isso, podendo acontecer tanto nas atividades-meio quanto nas atividades-fim da empresa contratante. Trata-se de uma realidade na atual gestão do processo produtivo, utilizada tanto no setor privado, quanto no setor público (VECCHI, 2017).

Contudo, para doutrinadores como Lima e Lima (2018), tal fenômeno busca a redução de custos, maior competitividade e a fuga das responsabilidades trabalhistas. Para tanto, em geral, os empregados são sacrificados, tendo em vista que a terceirização é tida como uma das principais razões da degradação das condições de trabalho em inúmeras categorias.

Para defensores, como Martins (2018), a terceirização se trata de uma forma de modernização das relações trabalhistas, o qual verifica-se que em outros países um dos meios das empresas aumentarem sua competitividade é flexibilizando os direitos trabalhistas. Resguarda que o direito do trabalho no Brasil por não enxergar tal realidade, deixará de evoluir e desenvolver o país, ficando em total desalinho com os demais países que até então eram subdesenvolvidos. A terceirização da mão de obra pode implicar,

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: amorim.yasmin11@gmail.com.

2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: lfmadv@terra.com.br.



inclusive, a conservação de uma empresa, em decorrência da primordialidade de diminuição de custos operacionais.

Assim, diante da grande problematização que se deu acerca da precarização das relações trabalhistas, faz-se relevante a demonstração da análise de posições doutrinárias e estatísticas acerca do tema, uma vez que é frequente a mutação do direito do trabalho por meios de flexibilização das relações empregatícias.

Para tanto, o estudo apresenta primeiro o conceito, o histórico da regulamentação, e os avanços na legislação brasileira em relação à terceirização. Depois, discorre sobre a licitude e a ilicitude desta modalidade de contrato, bem como a possibilidade do vínculo empregatício e a responsabilidade das empresas contratantes em relação às obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados. O artigo finaliza então, expondo, de forma pontual, os principais efeitos da terceirização nos aspectos jurídicos e sociais.

1. HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO

1.1 A terceirização anterior à lei nº 13.467/2017

A fim de contextualizar a evolução normativa acerca da terceirização de serviços, não se pode negar que tal instituto vem a ser uma forma de modernização das relações trabalhistas. À vista disso, Martins (2018) afirma que as relações individuais de trabalho passam por diversas mutações ao longo dos anos, em face de uma conjugação de fatores, dentre eles evoluções tecnológicas, mudanças de composição da produção, no arranjo utilizado na gestão da mão de obra, e conseqüentemente, nas necessidades dos empregados. Reitera ainda que tais mudanças dão abertura à debates em relação à flexibilidade do emprego, e das normas trabalhistas, contrapondo a relação de emprego típica, e inclinando tal tipicidade à incompatibilidade com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo. Portanto, passou a sugerir-se um modelo contraposto, entre os quais se incluiu a terceirização.

Sob a ótica da administração empresarial, a terceirização é utilizada para nominar a descentralização das atividades de uma empresa, para que estas sejam executadas por outros prestadores de serviços, no lugar daqueles que poderiam ser prestados por seus próprios empregados. Tal fenômeno era visto pela justiça do trabalho de modo restrito, permitindo a terceirização das atividades-meio e vedando a de atividades-fim (NASCIMENTO, 2005).

Ocorre que, ainda que o instituto da terceirização fosse conceituado por doutrinadores, não encontrava respaldo específico legal. No entanto, para Romar (2018), a inexistência de lei regulamentando a terceirização não impedia a imensa prática desta modalidade. Assim, se faz necessário esclarecer que no decorrer dos anos, passou a ser instituído no Brasil decretos que regulamentavam determinados setores, fazendo com que a terceirização começasse a ganhar forma, antes mesmo de sua estrita regulamentação:

No Brasil, a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. [...] As empresas que têm por atividade a limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967 [...] Os Decretos-Leis n. 1.212 e 1.216, de 1966, permitiram aos bancos dispor de serviços de segurança prestados por empresas particulares [...]. O Decreto n. 62.756, de 22 de maio de 1968, estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra, revelando que a partir do referido momento havia licitude na contratação de funcionários por meio das mencionadas agências, atividade rotineira na prática. O



Decreto-Lei n. 1.034, de 21 de outubro de 1969, que tratava de medidas de segurança para instituições bancárias, caixas econômicas e cooperativas de crédito, já dava a entender sobre a possibilidade de se contratarem terceiros para vigilância ostensiva. (MARTINS, 2018, p. 22).

Outro expressivo progresso foi a publicação da lei nº 6.019/1974, surgindo a primeira norma que mais se aproximava de regulamentar a terceirização – embora não com esse nome – referida lei regulou a prática do trabalho temporário, que já era utilizado em grande escala no mercado, entretanto, repisa-se, sem qualquer normatização (MAEDA, 2016). A lei em seu texto antigo permitia relações contratuais em que o trabalhador prestasse serviços excepcionalmente em caráter transitório de substituição de seu pessoal regular, ou decorrente do acúmulo de serviços nas atividades da empresa contratante, no caso a tomadora do serviço (POLONIO 2000).

Gonçalves (2005), por sua vez, defende que a forma de contratação mediante terceirização somente teve sua origem com a edição da lei nº 7.102/83, que na verdade dispõe sobre a segurança dos estabelecimentos financeiros, instituindo normas para explorarem serviços de vigilância e de transporte de valores. A lei nº 7.102/83 e outros julgados abriram precedentes jurisprudenciais para a criação súmula nº 257 do TST, que dispõe que “o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário” (BRASIL, 2003). Dentre os principais precedentes:

O vigilante em serviço em banco, vinculado a empresa especializada (Lei nº 7.102/83), não frui vantagens do regime de trabalho bancário (Precedentes – E-RR 485/80 – Ac. TP 274/84 e RR 5.364/81, Ac. 1ª T 174/83). Pretensão improcedente” (Proc. TST E-RR 5.644/82, Ac TP 2.149/86, j. 28-8-86, Rel. Min. Idélio Martins) (MARTINS, 2018, p. 45).

Este enunciado cria uma forma alternativa de uma modalidade de contratação dos vigilantes diretamente pelo banco ou por meio de empresas de vigilância ou segurança. Isso porque, as instituições financeiras carecem dessa necessidade de prevenção, tornando-se indispensável serviços especializados em segurança. Assim, verifica-se que a orientação contida no enunciado da súmula nº 257 do TST é coerente com a lei nº 7.102/83, pois consente a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores, sem que haja vínculo empregatício (GONÇALVES, 2005).

O uso da intermediação da força de trabalho foi se expandindo pelo Brasil para além de leis como a de nº 7.102/83 e 6.019/74, e sucedendo com mais frequência discussões em demandas trabalhistas. Esclarece Maeda (2016) que a jurisprudência por sua vez, posiciona-se na excepcionalidade do uso da terceirização para apenas os casos expressamente regulamentados em lei, mantendo harmonia com os princípios protetivos, com a súmula nº 256 criada em 1986 pelo TST que posteriormente foi cancelada, como se demonstrará adiante:

Súmula nº 256 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (BRASIL, 2003).

A súmula continha tópicos orientativos de grande importância, pois consolidava como claramente excetivas na ordem jurídica as hipóteses de contratação pela modalidade da terceirização de trabalho. Como resultado dessa perspectiva orientativa, nos feitos em que a terceirização fosse considerada ilícita, ou seja, aquelas fora do que as leis ns. 6.019 e 7.102 permitia-se (segundo a súmula nº 256), caracterizando a exploração



da mão-de-obra, para todos os fins, o estabelecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços (DELGADO, 2012).

Estava havendo um abrandamento quanto à aplicação de forma rigorosa da súmula nº 256, de forma a adotar o entendimento de que deveria ser utilizada somente em casos de fraude. A orientação da súmula deveria ser feita no sentido de impedir a fraude à legislação, e não a prestação lícita de serviços. O correto seria verificar em cada caso concreto, se houve ou não o desrespeito à lei. Por este motivo, houve a necessidade de se rever a súmula, o que foi feito pela de nº 331 da mesma corte, em 1993. A súmula nº 256 do TST foi caindo em desuso, e fora cancelada posteriormente pela Resolução nº 121 do TST, de 19 de novembro de 2003 (MARTINS, 2018).

Perpetuava ainda a preocupação na justiça do trabalho com o crescente número de ações trabalhistas envolvendo a terceirização, que continham a interposição de empresas ou cooperativas, as quais se apuravam a ocorrência de relações empregatícias disfarçadas de terceirização, em flagrante fraude à legislação trabalhista. Tais circunstâncias levaram o Tribunal Superior do Trabalho (TST) a tomar partido em relação ao assunto (POLONIO, 2000). A exemplo disso é a súmula nº 331, que ampliou os casos de terceirização, não ficando mais restrito somente aos casos expressamente previstos em lei, permitindo a terceirização das atividades-meio do tomador de serviços, e não da sua atividade-fim. Pelo que constava da súmula, inclusive na sua última redação, caso os serviços fossem considerados de atividade-fim, se formaria vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (BRASIL, 2011).

A antiga redação da súmula previa a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços, real empregador. Essa linha de entendimento, principalmente no tocante à responsabilidade subsidiária da administração pública, veio a sofrer grande modificação em 2010, com decisão proferida pelo STF, ao julgar a ADC 16. O Supremo, entendeu como constitucional o art. 71, § 1º da lei nº 8.666/93 que dispõe sobre a responsabilidade dos encargos trabalhistas à Administração Pública, quando da inadimplência do contratado. Assim, uma vez que houve consenso entre os ministros do TST, que para que o ente da administração pública fosse responsabilizado, deveria ser analisado caso a caso, e somente quando houvesse como causa principal de inadimplemento a falta ou a falha de fiscalização do órgão público, é que ele poderia ser responsabilizado (VECCHI, 2017).

Foi proferido, então, o entendimento da súmula nº 331 em 24/05/2011 que é parcialmente utilizado até os dias atuais, cuja redação é a seguinte:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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 nº 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 nº 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 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.º 8.666, de 21.06.1993, 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 (BRASIL, 2011).

Portanto, o TST alterou a súmula nº 331, para adaptar-se à decisão do STF. O item IV da súmula, em sua nova redação, impôs a responsabilidade subsidiária aos tomadores de serviços privados, em geral, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Já quanto aos tomadores de serviços da administração pública, o item V da súmula, impunha a responsabilidade subsidiária caso ficasse qualificado a conduta culposa na cautela do cumprimento das obrigações legais e contratuais por parte do prestador de serviços (VECCHI, 2017).

1.2 A terceirização após à lei nº 13.467/2017

Conforme abordado anteriormente, o fenômeno da terceirização foi sendo cada vez mais utilizado no Brasil, ainda, a sua regulamentação era interpretada por meio de decretos, súmulas e entendimentos jurisprudenciais. Contudo, em que pese ser adotada há longo tempo, a realização dos contratos de terceirização ainda não encontrava respaldo jurídico que estabelecesse seus requisitos necessários (ASSIS, 2018).

A lei nº 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário e terceirizado, fora alterada pela lei nº 13.429/2017, sancionada em 31/03/2017 e, mais uma vez modificada pela lei nº 13.467 (reforma trabalhista), sancionada em 13/07/2017. Portanto, duas importantes modificações em menos de um ano em uma mesma lei. A citada lei acima (6.019/1974), com suas alterações, além de regular todo e qualquer trabalho temporário, passou a dispor efetivamente sobre o trabalho terceirizado (CASSAR; BORGES, 2018).

O ponto fundamental na alteração da lei nº 6.019/74 foi a possibilidade de terceirizar a atividade-fim da empresa, ou seja, a sua principal, ganhando agora respaldo expresso em lei. Explica Silva (2017) que ao ser promulgada a lei nº 13.467/2017, alterando novamente a lei nº 6.019/74 passou a definir a prestação de serviços da seguinte maneira:

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 (BRASIL, 2017).

Vale dizer que não mais se pondera apenas os serviços específicos e determinados, como dispunha a lei nº 13.429/2017, mais sim qualquer atividade da empresa tomadora de serviços, inclusive a sua principal. Diante disso, perde-se um pouco o distinguir atividade fim e atividade meio constante na súmula nº 331 do TST e estabelecida pela justiça do trabalho (SILVA, 2017).



Dessa forma, torna-se claro, que todos os posicionamentos fixados na jurisprudência anteriores à nova regulamentação deverão ser adaptados e reformados a partir da vigência da nova lei (VECCHI, 2017). O autor defende ainda que, por prever a possibilidade ampla e irrestrita da terceirização, a nova redação tende a gerar a precarização das relações do trabalho.

Segundo Martins (2018) depreende-se ao analisar o enunciado da súmula nº 331, que a terceirização de serviços ligada à atividade-fim não está inserida nas hipóteses permissivas excepcionais da súmula, sendo segundo a redação da mesma, considerada uma modalidade ilícita de terceirização, o que diverge do texto dado ao art. 4º-A da lei nº 6.019/74. O autor esclarece que atualmente a jurisprudência utiliza a súmula nº 331 para aplicação da responsabilidade quanto aos tomadores de serviço, ou seja, depois de promulgação da reforma trabalhista em 2017, ainda existem pronunciamentos do TST acerca da súmula, principalmente no tocante à responsabilidade dos tomadores, sejam eles públicos ou privados. Nesse sentido:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 331, IV DO TST). O inadimplemento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, por parte do empregador, acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações. Inteligência da Súmula 331, IV do TST. (TST – Ag-AIRR: 15550085220135170008, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de julgamento: 23/10/2019, 2ª Turma, Data de publicação: DEJT 25/10/2019) – (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019).

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, V DO TST. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizada ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadores de serviços contratadas. (TST – RR: 116178420175150044, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data do Julgamento: 04/12/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2019) (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019).

Conforme exposto, a súmula nº 331, não caiu totalmente em desuso, pois ela ainda é utilizada pelo Tribunal. Ocorre que, não é mais ela quem dita quanto a licitude ou ilicitude da terceirização, usando para distinguir isso a atividade-meio e a atividade-fim, mas sim, aplicada quanto à responsabilização dos tomadores de serviços em caso de inadimplementos das obrigações trabalhistas (MARTINS, 2018).

2. DO TRABALHO TERCEIRIZADO

2.1 Licitude e ilicitude da terceirização

Desta maneira, diante de todas as evoluções contidas na legislação acima expostas, faz-se necessário distinguir a legalidade e a ilegalidade da terceirização. A terceirização legal ou lícita é aquela que observa os preceitos legais, principalmente relativos aos direitos dos empregados, não tentando adulterá-los, de forma que se distancie da existência do vínculo empregatício. A terceirização ilegal ou ilícita, por sua vez, intenta somente o lucro, o menor preço, aderindo à locação permanente de mão de obra, dando ensejo a fraudes e prejuízos aos trabalhadores (MARTINS, 2018).



Lima e Lima (2018), entretanto, afirmam que a liberação total se deu pela lei nº 13.429/2017, que alojou na lei nº 6.019/1974 a liberação da terceirização para todas as atividades da empresa, incluindo a sua principal. Dessa forma, também defendem que lícita é a terceirização que se faz obedecendo os parâmetros legais, conforme a legislação acima citada. Ilícita é a terceirização fraudulenta, que tenta burlar a legislação que visa proteger o trabalhador.

A terceirização se acoberta de ilegalidade quando o trabalhador terceirizado “é excluído do manto protetor do Estado, sem proteção da jornada, do repouso, da saúde, do salário, e da previdência social” (LIMA; LIMA, 2018, p. 40).

Nas palavras de Garcia (2012) a terceirização ilícita acarreta uma das piores fraudes à aplicação dos direitos trabalhistas, pois visa retirar a incidência de todo o arcabouço da respectiva legislação, que tutela as relações de emprego. Ainda, se com o fim de terceirizar determinada atividade ou serviço, for contratada empresa prestadora, e o tomador exercer o poder diretivo perante o empregado, este, passará a ter sua relação jurídica de emprego com o próprio tomador, tratando-se da consequência de a terceirização ser considerada ilícita.

Para Romar (2018), e como exposto no tópico acima, descrevendo as evoluções normativas relacionadas à terceirização, antes a súmula nº 331 do TST adotava como critério para diferenciação de licitude e ilicitude da terceirização a atividade-meio e a atividade-fim, o que nos dias de hoje caiu por terra, diante da promulgação das leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017.

Importante destacar que diante das decisões proferidas pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324, e no Recurso Extraordinário (RE) nº 958252, com repercussão geral reconhecida, restou consolidado que é lícita a terceirização, ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas.

2.2 Vínculo empregatício na terceirização

Um dos efeitos da terceirização ilícita explanada acima é a formação do vínculo empregatício com a empresa tomadora dos serviços. Nascimento (2005) defende que uma terceirização que busca fraudar as leis trabalhistas, tem por finalidade esconder uma relação de emprego, sendo rejeitada no âmbito da justiça do trabalho, a qual o faz com respaldo no poder emanado pelo art. 9º da CLT “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL, 1943).

De plano, o art. 4º-A, § 2º da lei 6.019/74 elucida que não configura vínculo empregatício entre os empregados ou sócios das empresas prestadoras de serviços, com a empresa contratante, independente do ramo em que atuarem (BRASIL, 2017). Entretanto, para que a terceirização seja absolutamente válida no âmbito empresarial, afastando o vínculo com o tomador:

Não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal do próprio terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. (MARTINS 2018, p. 216).



Para a configuração da relação de trabalho é necessário à cumulação de todos os requisitos expostos acima, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. A falta de um requisito descaracteriza o vínculo empregatício (ALMEIDA, 2016).

Se com o intuito de terceirizar determinada atividade, independente de qual ela seja, for contratada empresa prestadora, mas o tomador dos serviços exercer o poder de mando perante o empregado, certamente surge uma relação jurídica de emprego direto com o tomador (GARCIA, 2012).

Reconhecido o vínculo com o tomador dos serviços, incorrerá sobre o contrato de trabalho todas as normas relativas à efetiva categoria obreira, reparando-se eventual defasagem de parcelas ocorridas em face do artifício terceirizante. De maneira oposta, nos casos de terceirização regular, o autor explica que será mantido preservado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante (DELGADO, 2012).

2.3 Da responsabilidade na contratação da terceirização

Outro ponto de grande importância diz respeito à responsabilidade dos tomadores de serviços diante da contratação de empresa terceirizada, pelos direitos e haveres dos trabalhadores terceirizados. Para ilustrar a evolução normativa acerca do tema terceirização, se fez necessário mencionar as alterações da súmula nº 331, que conforme exposto, trata da responsabilização do tomador dos serviços.

A lei é clara no sentido de que o trabalhador é empregado da empresa que presta os serviços, mantendo uma relação de emprego com a prestadora, e uma relação de trabalho com a contratante. “Assim, as obrigações contratuais trabalhistas são da empresa empregadora; e a responsabilidade pelo ambiente de trabalho, físico e psicológico, é da empresa contratante que transfere serviços para execução indireta” (LIMA; LIMA 2018, p. 54).

O contratante dos serviços é responsável subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas dos trabalhadores que lhe prestam serviços, quando não cumpridas. Isso é o que dispõe o art. 5-A, § 5º, em relação aos terceirizados, da lei nº 6.019/74, redação dada pela lei nº 13.429/17. Tal alteração dada a redação da lei traz debates entre os juristas, uma vez que não distingue o setor público do privado, o qual faz a súmula nº 331 do TST, especificamente em seu inciso V, que condiciona a responsabilidade subsidiária da administração pública a verificação da culpa, em especial na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, e em seu inciso IV quando os contratantes do serviço forem privados, responderão de forma subsidiária em caso de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte do empregador principal. Em ambas as situações, o devedor principal é a empresa prestadora de serviços terceirizados (LIMA; LIMA, 2018).

Nas palavras de Martins (2018), o art. 15 da lei nº 6.019/74 prevê, ainda, a responsabilidade de forma solidária pelo recolhimento dos haveres empregatícios nos casos em que em que haja falência da empresa prestadora dos serviços. O Tribunal Superior do Trabalho após a reforma trabalhista reconhece a responsabilidade solidária tão somente nos casos em que a terceirização seja considerada ilícita, gerando assim vínculo empregatício do empregado terceirizado com a empresa tomadora dos serviços, ou ainda em casos de acidente de trabalho, nos termos do art. 186 do Código Civil que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002) Contudo, uma vez que não reconhecida a ilicitude da terceirização de serviços o TST mantém eventual condenação na forma subsidiária:



RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. LABOR EM ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA. POSSIBILIDADE APENAS DE CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NOS TEMAS 725 E 739 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL E ADPF 324, RE 958.252 E ARE 791.932. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu pela licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo. Naquele recurso, o STF firmou tese de repercussão geral, com efeito vinculante, no sentido de que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. [...] Assim, não havendo alusão no acórdão regional acerca da efetiva existência de pessoalidade e subordinação jurídica com a tomadora de serviços, não há como se reconhecer o vínculo direto com a empresa de telecomunicações e nem sua responsabilidade solidária (TST – RR 4115520115150021, relator: Augusto Cesar Leite de Carvalho, data do julgamento: 11/03/2020, 6ª Turma, data de publicação DEJT: 13/03/2020) – (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2020).

3. DA PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO TERCEIRIZADO

Em verdade, a terceirização trabalhista, seja ela da atividade-meio ou da atividade-fim, em sua esmagadora maioria, nunca foi bem recebida pelos doutrinadores e julgadores.

Isso porque ainda que a Constituição Federal, em seu art. 5º consagre o princípio da igualdade, e o art. 5º da CLT dispõe que todo trabalhar igual deve ser assegurado igual salário, as estatísticas em relação ao trabalho terceirizado são outras (LIMAS, 2018).

Para Vecchi (2018), os fatos demonstram que em nosso país, de forma geral, salvo exceções, a terceirização implica em precarização das relações de trabalho, com diminuição no valor salarial e das condições de trabalho para os trabalhadores terceirizados.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) reconhece que a terceirização é um aspecto difícil de avaliar, diante da dificuldade de levantamento de dados, sendo que a GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) seria um bom indicador estatístico. Contudo, tal recurso é utilizado apenas na produção de estatísticas, de uso operacional no Ministério da Previdência, sendo uma fonte ainda pouco estudada (IBGE, 2018).

O DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), através do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) por sua vez, expõe que é possível a obtenção das principais fonte de dados primárias acerca dos trabalhadores terceirizados e dos não terceirizados. Contudo, o acesso a tais informações é limitado pelo Governo Federal, diante de tal restrição a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) divulgada anualmente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, tem sido a fonte utilizada para estudos realizado no país acerca do tema, ainda que de forma mais genérica (DIEESE, 2017).

De todas as formas, o país não tem grandes levantamentos de dados acerca da terceirização trabalhista, concluindo-se que a própria administração pública é quem dificulta a análise crítica e cidadã acerca da terceirização. As pesquisas com melhor aprofundamento, com dados oficiais e estatísticas reais são do DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos).



O departamento, em sua nota técnica de 2017 demonstra o grande número de rotatividade nas relações trabalhistas terceirizadas. Entre 2007 e o término do ano de 2014, ao examinar a relação entre vínculos ativos e vínculos rompidos, a cada 100 vínculos ativos, cerca de 40 foram rompidos nas atividades não terceirizadas. Já nos setores terceirizados, a relação é de 100 vínculos ativos para 80 rompidos, indicando este último dado que os vínculos nas atividades terceirizadas tem grande número de rotatividade, sendo praticamente o dobro das atividades tipicamente contratantes (DIEESE, 2017).

De igual forma, o DIEESE (2017) demonstra em análise comparativa que a remuneração média nas atividades terceirizadas é inferior à dada nas relações não terceirizadas. Ainda no período de 2007 a 2014, a diferença manteve-se, em média, de 23% a 27%. Em dezembro de 2014, o salário nas atividades tipicamente contratantes era de R\$ 2.639,00, ao passo que, nas atividades terceirizadas era de R\$ 2.021,00, tais diferenças se dão quando comparados o piso negociado do Sindicato do trabalhador terceirizado com o do trabalhador contratado diretamente pela empresa.

Importante ressaltar que pouco mais de 2 (dois) anos após a instituição da Reforma Trabalhista, os dados colhidos pelo DIEESE ainda não foram atualizados. Contudo, de acordo com a doutrina, a ampla e irrestrita terceirização, tende a gerar a precarização do trabalho.

Isso pois, tal medida entra em confronto direto com o art. 1º, inciso IV, da CF, dado que não leva em conta que o trabalho valorado social e constitucionalmente não pode ser tratado como mero produto. Ao se liberar a contratação de todos os empregados de uma empresa por meio da terceirização, permite-se que o trabalho seja tratado como uma mera mercadoria a ser comprada por outras empresas – as tomadoras de serviços, sem permitir uma integração verdadeira do trabalhador no ambiente de trabalho, abalando, inconstitucionalmente, o direito crucial à relação de emprego protegida (art. 7º, inciso I, da CF), diante da grande descartabilidade existente no mercado de trabalho terceirizado (VECCHI, 2018).

Os trabalhadores terceirizados são as primeiras e principais vítimas das inadimplências das tomadoras e contratantes, sendo os mais cobrados e responsabilizados, mas os menos remunerados, e com frequentes atrasos salariais. Os efeitos mediatos serão palpáveis, como o aumento de acidentes trabalhistas decorrentes de jornadas mais extenuantes, e a falta de treinamento adequado para os trabalhadores terceirizados, que certamente terão tratamento diferenciado daqueles contratados diretamente pelas empresas (LIMA; LIMA, 2018).

Os dados do departamento (DIEESE, 2017) demonstram a veracidade do pensamento do doutrinador em relação aos acidentes. A Relação Anual de Informações Sociais também traz informações sobre os acidentes e afastamentos trabalhistas, e os seus motivos. E entre eles estão os acidentes típicos, os de trajeto, e afastamentos por doenças relacionadas ou não ao trabalho. As estatísticas do Departamento Intersindical demonstram que os afastamentos por acidentes de trabalho típico (aqueles que ocorre durante a execução do trabalho) é muito maior nas atividades terceirizadas, que nas tipicamente contratantes, podendo ser duas vezes mais altas, em alguns casos. Faz-se relação desses acidentes às jornadas extenuantes realizadas pelos empregados terceirizados. O Departamento informa que 85,9% das atividades que são realizadas de forma terceirizadas possuem uma jornada contratual fixada em torno de 42 a 44 horas semanais, enquanto as tipicamente contratantes são de 61,6% (DIEESE, 2017).



Corroborando com os dados levantados pelo DIEESE, bem como as posições doutrinárias acerca da precarização das relações de trabalho, cita-se a operação realizada pela Inspeção do Trabalho, conjuntamente com o Ministério Público do Trabalho e com a Polícia Rodoviária Federal em 2018, que encontrou aproximadamente 40 (quarenta) empregados em condições análogas à de escravo, trabalhando e instalados em situações humilhantes, em uma fazenda de Eucaliptos, a 334 km de Belo Horizonte. A empresa fiscalizada oferecia mão de obra terceirizada ilícita a uma siderúrgica multinacional instalada em Minas Gerais. No decorrer da ação:

Auditores-Fiscais comprovaram terceirização ilícita e responsabilizaram a siderúrgica, que não reconheceu o vínculo trabalhista com os trabalhadores, apesar de ter arcado com o pagamento dos valores referentes às verbas rescisórias. A ação resultou na expedição de guias de seguro desemprego a todos os resgatados, pagamento das verbas rescisórias devidas aos trabalhadores, um montante de cerca de R\$ 480.000 e emissão de 31 autos de infração. O grupo siderúrgico também custeou a hospedagem e as passagens de volta dos operários para suas cidades de origem (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2018).

Diante do cenário demonstrado, restou evidenciado que a aprovação do texto legal acerca da terceirização dá de ombros à padrões mínimos de isonomia de tratamento entre os empregados terceirizados e os demais, o que, certamente, não contribui para o desenvolvimento econômico e social no intuito de superar a desigualdade entranhada na sociedade brasileira. Talvez, se a temática tivesse sido debatida de forma ampla, obedecendo os devidos cuidados constitucionais, sociais e jurídicos, poderia ter se construído uma lei mais adequada e que equilibrasse os interesses do capital e do trabalho (VECCHI, 2017).

METODOLOGIA

A seleção do tema está relacionada com a relevância da análise das relações trabalhistas após a liberação total do instituto da terceirização. Isso porque é necessário averiguar que diante da regularização da contratação, inclusive, da atividade-fim por parte das empresas, os contratos de trabalho dos empregados terceirizados beiram à precarização.

Nesse sentido, trata-se de pesquisa com abordagem qualitativa. Esse tipo de pesquisa não se limita à contagens ou restrições. Busca-se um exame mais aprofundado, ou seja, após o colhimento de dados, histórico cultural, se tem a interpretação final do tema estudado de acordo com a realidade. Ainda, a pesquisa qualitativa necessita que os “fenômenos sociais sejam interpretados à luz do contexto, do tempo, dos fatos e análise de todas as interferências. O ambiente da vida real é a fonte direta para obtenção dos dados, e a capacidade do pesquisador de interpretar essa realidade” (MICHEL, 2015, p. 39).

Em relação aos aspectos sociais, Monebhurrin (2015) destaca que na área do direito argumentação jurídica deve-se provar e convencer, pois essa é a sua natureza, ainda que convencer seja complexo e rigoroso. Dessa forma, a pesquisa científica possibilita aprofundar as normas da ciência jurídica. Por conseguinte, a pesquisa é do tipo bibliográfica, ou seja, são desenvolvidas principalmente com base em amparo de diversos autores sobre determinada temática, através de consultas a livros e periódicos (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017). Ainda, a pesquisa será documental, ao analisar documentos jurídicos como leis, jurisprudências, doutrinas, que se assemelha com a pesquisa bibliográfica. “O delineamento da pesquisa documental inclui: escolha do objeto



da pesquisa, objetivo, formulação do problema, identificação das fontes, análise e interpretação dos dados, redação do texto da pesquisa” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 107).

O método busca na dedução sua premissa maior, a verdade absoluta, provada e que contemple tudo aquilo que há na premissa menor. Dessa forma, a conclusão deverá ser precisamente verdadeira, partindo de uma verdade universal, no intuito de confirmar um componente que faz parte do grupo maior (MICHEL, 2015).

A pesquisa será explicativa, uma vez que objetiva expor as relações causais entre as variáveis. Sampieri, Collado e Lucio (2013), destacam que esse nível determina as causas dos acontecimentos ou fenômenos estudados. A pesquisa explicativa responde ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa atingiu o propósito inicial ao ilustrar o trajeto do instituto da terceirização dando ênfase nas alterações trazidas pela lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista). Constatou-se que a liberação da terceirização, inclusive da atividade-fim da contratante, acarretou a precarização das relações de trabalho dos empregados terceirizados. Por esta razão, a pesquisa analisou os aspectos jurídicos e sociais resultantes das alterações legislativas.

Acerca da temática pesquisada, concluiu-se que a intenção, de fato, ao liberar a terceirização total, era para entre outros fatores o desenvolvimento do país, constituindo-se uma das modalidades em constante crescimento no Brasil. Para os defensores da terceirização, tal modalidade reduz os custos empresariais, simplifica os avanços e processos, elevando o grau de execução das atividades, potencializa a competitividade entre as empresas, bem como gera aumento de empregos. Ocorre que a realidade é dessemelhante, não bastassem as merecidas críticas por parte dos doutrinadores trabalhistas do tema conforme demonstrou-se ao longo do artigo, e principalmente através dos dados recolhidos pelo DIEESE, que espelham a vivência dos trabalhadores do país, para que as empresas possam diminuir seus custos, a contrapartida disso é o achatamento salarial dos trabalhadores terceirizados. Ou seja, a terceirização como modalidade de contratação pode elevar o número de empregos, contudo para que isso ocorra, as relações de trabalho se tornam insatisfatórias para a parte hipossuficiente da relação, isto é, os empregados.

Por fim, diante dos cenários apresentados no decorrer da pesquisa, restou demonstrado que a terceirização além de afastar o funcionário do seu próprio empregador, também precariza de forma demasiadamente perigosa as relações de trabalho, por meio de achatamentos salariais, aumento de jornadas, elevação da rotatividade da mão de obra, e maior propensão à ocorrência de acidentes. Dessa forma, as mudanças trazidas pela alteração legislativa são de interesse econômico empresarial, enquanto para os trabalhadores não há resposta positiva, uma vez que no plano individual não há ganhos para aqueles que estejam inseridos nesse sistema como empregados ou como prestadores de serviços.

No entanto, considerando que o direito do trabalho está em constante mutação, bem como diante da relevância e complexidade acerca do tema abordado, destaca-se que o assunto não foi esgotado na presente pesquisa, merecendo ser alvo de novos estudos, debates, seminários e discussões, envolvendo o meio acadêmico, os operadores do direito e a sociedade em geral, em observância à análise aqui realizada.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do trabalho**: material, processual e legislação especial. São Paulo: Rideel, 2016, 416 p.

ASSIS, Rubiane Solange Gassen. Terceirização da atividade-fim: uma nova realidade? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Rio Grande do Sul, n. 211, p. 50-59, mar. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/129494/2018_assis_rubiane_solange_terceirizacao_atividade.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 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: 29 jan. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Lei n.º 7.102, de 20 de janeiro de 1983**. Dispõe sobre serviços de vigilância e de transportes de valores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE n.º 16**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em:



<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n.º 324**. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341024987&ext=.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 958252**. Reclamante: Celulose Nipo Brasileira S/A - CENIBRA. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 256**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada). Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 257**. VIGILANTE (mantida). Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 331**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. **AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 331, IV, DO TST)**. Agravante: Factorbras Comercial S.A. Agravados: Jaime Antônio Cancian, G2 Construtora LTDA. - ME e SPE - Perola Construção E Incorporação LTDA. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Brasília, 23 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6e57c98e8d25c3c842cb5c4980560051>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. **RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, V, DO TST**. Recorrente: Município De São José Do Rio Preto. Recorridos: Leonildo Leal e Comatic Comércio e Serviços LTDA. Relator: Ministro Alberto Bresciani. Brasília, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/4cd3cdea958a893e38825202c96da6dd>. Acesso em: 04 maio 2020.



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. LABOR EM ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA. POSSIBILIDADE APENAS DE CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NOS TEMAS 725 E 739 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL E ADPF 324, RE 958.252 E ARE 791.932.** Recorrente: Telefônica Brasil S.A. Recorridos: Cantídio Luiz De Oliveira e Telecomunicações LTDA. Relator: Ministro Augusto César Leite De Carvalho. Brasília, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825628197/recurso-de-revista-rr-4115520115150021?ref=serp>. Acesso em: 04 maio 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim Cassar; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista.** São Paulo: Método, 2017, 219 p.

DELGADO, Mauricio Godinho Delgado. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2012, 1488 p.

DIEESE, Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos. **Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes.** São Paulo, mar. 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>. Acesso em: 31 mar. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, 1384 p.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra.** São Paulo: LTr, 2005, 144 p.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, 413 p.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Terceirização e subcontratação.** Rio de Janeiro, jan. 2020. Disponível em: <https://ces.ibge.gov.br/base-de-dados/lacunas-de-informacao/lacunas-tematicas-diferencas-conceituais-e-demandas/3614-terceirizacao-e-subcontratacao>. Acesso em: 31 mar. 2020.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues de Lima. **Terceirização total: entenda ponto por ponto.** São Paulo: LTr, 2018, 100 p.

MAEDA, Patricia. **Terceirização no Brasil: histórico e perspectivas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.** Campinas, n. 49, p. 128-150, fev. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103358/2016_maeda_patricia_terceirizacao_brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 jan. 2020.



MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização no direito do trabalho**: inteiramente revista à luz da Lei n. 13.429/2017. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 247 p.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia da pesquisa científica em ciências sociais**: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, 304 p.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Fiscalização do trabalho libera 40 trabalhadores em fazenda de eucaliptos**. Brasília, fev. 2018. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/arquivo-de-noticias2/299-fiscalizacao-do-trabalho-liberta-40-trabalhadores-em-fazenda-de-eucaliptos>. Acesso em: 31 mar. 2020.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica**: técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015, 128 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, 748 p.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização**: aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000, 214 p.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018, 1058 p.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. **Metodologia de pesquisa**. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013, 624 p.

SILVA, O. P. E. Terceirização e a reforma trabalhista = Outsourcing and the labour reform. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 51, p. 167-182, jul./dez. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125416/2017_silva_otavio_terceirizacao_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 fev. 2020.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Terceirização, trabalho temporário & o novo marco regulatório**: comentários de acordo com a reforma trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017, 114 p.