

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1158

(Ano XV)

(08/07/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1158



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1158 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 403. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



ITBI e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça
Valdinei Cordeiro Coimbra, 09.

ARTIGOS

Abrindo a caixa de pandora: da lava jato ao extermínio do Direito Penal
Adel El Tasse, 16.

Participação da Administração Pública e da União em Procedimentos Arbitrais: breve análise histórica e do julgamento do CC nº 151.130
Caio Lopes da Silva, 19.

Negligência estatal e as condições depreciativas em prisões
Gabriela Dourado Gonçalves, 34.

Hate speech – os limites da liberdade de expressão nos discursos de ódio
Marcos Bruno Oliveira da Silva, 51.

A expansão do teletrabalho em uma sociedade pós pandemia
Roberta Farinazzi Bortolotto, 60.

Uma breve análise: o racismo mediado pelas redes sociais
Leonam Augusto Alduino Egas, 76.

Direitos das pessoas com deficiência: leis e desafios
Vitoria Rocha de Moraes, 91.

Os danos morais no direito do trabalho
Ailton José dos Santos, 116.

A repercussão da Lei nº 14.454/2022 na cobertura obrigatória dos planos de assistência à saúde
Aline Cais Pessoa, 134.

Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no ordenamento brasileiro
Lara Cardoso Augustini, 151.

A possibilidade da progressividade das alíquotas nos impostos reais

Marcos Bruno Oliveira da Silva, 173.

A valoração do testemunho da vítima no crime de estupro e seus aspectos no processo penal

Thatiane dos Santos Matos Cavalcante, 182.

Vitimologia: um estudo sob os crimes penais

Francieli Eduarda de Souza, 198.

A esfera da legítima defesa e a linha tênue para o excesso

Categoria: Direito Penal

Poliane Toniolo Marcelino, 208.

Viabilidade da laqueadura durante o parto cesariano pelo Sistema Único de Saúde

Rebeca Feres Oliveira de Domênicis, 221.

A possibilidade de aplicação das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos

Marcos Bruno Oliveira da Silva, 235.

Os avanços advindos com o modelo gerencial de administrar a “coisa pública”

Mario Jose Gomes de Melo Silva, 244.

Publicidade da advocacia nas redes sociais

Adriano Custodio Bezerra, 253.

Violência obstétrica: a falta de amparo jurídico no Brasil e sua violação ao direito da mulher.

Evilyn Eduarda Souza da Silva, 294.

O álcool e sua influência na violência doméstica

Julia Mara Felix Souza, 302.

A aplicação da Lei Maria da Penha aos casos em que as vítimas são mulheres transexuais

Marcos Bruno Oliveira da Silva, 311.

Alienação Fiduciária de Veículo

Ligia Nolasco, 321.

Acesso à justiça e novas tecnologias: o impacto do uso dos meios digitais na efetivação da justiça

Luciane Leão de Souza, 324.

Ameaça à Segurança Nacional - o risco da exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública

Daniel Federico de Novaes Runcini, 343.

A importância dos meios alternativos de resolução de conflitos sob a ótica do direito ao acesso à justiça

Antonio Miranda de Jesus Filho, 353.

Direito de recesso na sociedade anônima

Higor Marcelo de Oliveira, 366.

Ofensas raciais no futebol brasileiro

João Paulo Garutti Quadreli, 386.

Benefícios das teleaudiências durante a pandemia do covid-19.

Beatriz Porto Merloti, 397.

ITBI E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

Em oportunidade anterior, escrevemos sobre o IPTU e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)², sendo que neste artigo, vamos expor o entendimento do STJ em relação ao ITB, rememorando que ambos têm incidência sobre imóveis, os quais, juntamente com Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN, mais conhecido apenas como ISS), **são impostos municipais** e compõem grande parte das receitas próprias nos mais de 5.500 municípios brasileiros. Tais impostos também são cobrados pelo Distrito Federal em virtude da sua característica dupla competência para impostos estaduais e municipais.

A previsão desses tributos encontra-se no **artigo 156 da Constituição**, mas, devido ao regulamento infraconstitucional, muitas controvérsias jurídicas envolvendo ITBI e IPTU são resolvidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No caso do ITBI, trata-se de um imposto antigo na literatura jurídica nacional: remonta a 1809, ainda na época do Império, com o chamado "imposto da sisa". Desde

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

² COIMBRA, Valdinei Cordeiro. *IPTU junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)* Conteudo Juridico, Brasília-DF: 19 jun 2023, 04:58. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/3576/iptu-junto-ao-superior-tribunal-de-justia-stj>. Acesso em: 02 jul 2023.

1891, possui previsão constitucional. É regulado, atualmente, pelos **artigos 35 a 42 do Código Tributário Nacional (CTN)**.

Detalhe importante: as regras do CTN são da época em que o ITBI era de competência estadual, portanto, é preciso analisá-las em conjunto com o regramento constitucional vigente. Uma das principais controvérsias a respeito do tributo é a base de cálculo, já que esse parâmetro influencia o valor a ser pago, sendo certo que o ITBI é pago nas operações de transmissão de imóveis ou de direitos reais sobre eles.

Qual é o valor do imóvel?

Uma das maiores discussões sobre o ITBI era a dúvida que pairava sobre o valor do imóvel, na medida em que o Fisco vinha estabelecendo os valores, com base de cálculo do IPTU, desconsiderando o valor da aquisição. Neste sentido, a **Primeira Seção pacificou o tema fixando importante definição** a respeito do assunto ao julgar o **Tema 1.113** dos recursos repetitivos (**REsp 1.937.821**). Para o colegiado, a base de cálculo do ITBI deve considerar o valor de mercado do imóvel individualmente determinado, afetado por fatores específicos como o estado de conservação.

A seção de direito público fixou três teses:

- 1) A base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação;
- 2) O valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (**artigo 148 do CTN**);
- 3) O município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido de forma unilateral.

De acordo com o relator do recurso, ministro Gurgel de Faria, a expressão "valor venal" contida no CTN deve ser entendida como o valor considerado em condições normais de mercado para as compras e vendas.

Embora seja possível aferir um valor médio, a avaliação de cada imóvel possui especificidades, com oscilações positivas e negativas, que devem ser levadas em conta – lógica diferente, portanto, da estimativa feita para fins de IPTU.

"Cumprе salientar que a planta genérica de valores é estabelecida por lei em sentido estrito, para fins exclusivos de apuração da base de cálculo do IPTU, não podendo

ser utilizada como critério objetivo para estabelecer a base de cálculo de outro tributo, o qual, pelo princípio da estrita legalidade, depende de lei específica", complementou o relator.

Fato gerador é a efetiva transferência do imóvel

No **AREsp 1.760.009**, o STJ reafirmou o entendimento adotado pela corte após decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema 1.124 da repercussão geral. Segundo esse entendimento, o fato gerador do ITBI somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro no cartório de imóveis.

No julgamento do recurso, em abril de 2022, a Segunda Turma do STJ acrescentou que, mesmo em caso de cisão de empresa com transmissão de imóvel do seu patrimônio, o fato gerador do ITBI é o registro da transferência do bem no cartório.

Nessa demanda, após a cisão de uma empresa em outras quatro, com a transferência de duas fazendas para uma delas, houve o recolhimento de ITBI para o município paulista de São Manuel, em 2012. Dois anos após o pagamento, o georreferenciamento na região constatou que as fazendas pertenciam a outro município do mesmo estado, Igarçu do Tietê. Após nova transferência de propriedade, valores de ITBI foram pagos a este segundo município, em 2015.

A empresa requereu judicialmente a devolução de valores, alegando que o pagamento feito em 2012 ao município de São Manuel não era devido. O STJ deu razão à empresa, ao concluir que, de fato, a transferência só foi efetivada com o registro do imóvel em 2015, após o processo de georreferenciamento.

Nas palavras do relator, ministro Herman Benjamin: "O STJ entende que, mesmo em caso de cisão, o fato gerador do ITBI é o registro no ofício competente da transmissão da propriedade do bem imóvel, em conformidade com a lei civil, o que, no caso, ocorreu em 2015. Logo, não há como considerar como fato gerador da referida exação a data de constituição das empresas pelo registro de contrato social na Junta Comercial, ocorrido em 2012".

O relator lembrou que, mesmo antes da decisão do STF, o STJ já havia adotado esse entendimento no **AREsp 215.273**, de 2012, e em julgados de 2007, como o REsp 771.781 e o REsp 764.808. "O fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento", declarou Herman Benjamin no AREsp 215.273.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento sobre o IBI:

- a) incide no ato de registro da transferência da propriedade;
- b) Não é devido em caso de compra e venda anulada;
- c) deve ser calculado pelo valor de mercado do imóvel individualmente determinado;
- d) entidades imunes têm presunção de veracidade.

Devolução do imposto no negócio anulado

O STJ entende que, no caso de anulação da venda do imóvel, o valor pago a título de ITBI é passível de restituição. A discussão ocorreu no **REsp 1.493.162**, relatado na Primeira Seção pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho, hoje aposentado.

O negócio que ensejou a transferência de propriedade do imóvel e, por conseguinte, a tributação pelo ITBI não se concretizou em caráter definitivo devido à superveniente declaração de nulidade por sentença judicial transitada em julgado.

O Fisco questionou decisão da Segunda Turma do STJ alegando que, mesmo na hipótese de anulação posterior do negócio, o imposto seria devido, e invocou como paradigma um acórdão divergente da Primeira Turma (**REsp 1.175.640**). Por unanimidade, a seção corroborou o acórdão da Segunda Turma e manteve a condenação imposta ao fisco de devolver o valor do ITBI.

De acordo com o relator, não tendo havido a transmissão da propriedade, já que era nulo o negócio de compra e venda, não há fato gerador do imposto, nos termos do artigo 156, inciso II, da Constituição, e do artigo 35, incisos I, II e III, do CTN, "sendo devida a restituição do correspondente valor recolhido pelo contribuinte".

Valor de venda ou valor de arrematação?

A transferência de propriedade tributada pelo ITBI pode envolver imóvel arrematado em leilão judicial, o que trouxe para o STJ a discussão sobre a base de cálculo em tais hipóteses. No **REsp 1.188.655**, em 2010, a Primeira Turma debateu se a base de cálculo do imposto seria o valor da arrematação ou o valor de venda do imóvel – uma diferença significativa, tendo em vista que imóveis leiloados podem ser arrematados por preços bem inferiores aos de mercado.

O relator, ministro Luiz Fux (hoje no STF), destacou que, embora continuassem a chegar ao STJ recursos contra decisões que aceitavam o valor venal como base de cálculo, o entendimento do tribunal, desde 1990, apontava para o valor da arrematação judicial.

O ministro citou dois precedentes nos quais o assunto foi debatido com profundidade, o **REsp 863.893**, relatado pelo ministro Francisco Falcão em 2006, e o **REsp 2.525**, relatado pelo ministro Armando Rollemberg (falecido) em 1990. No primeiro desses dois casos, a dúvida sobre a base de cálculo estava entre o valor da arrematação e o valor da avaliação judicial prévia ao leilão.

"No caso concreto – de arrematação judicial do bem imóvel –, o tribunal *a quo* manifestou-se no sentido de que a base de cálculo do ITBI é o valor da avaliação judicial. Nos termos da jurisprudência supracitada, todavia, tal posicionamento não deve prevalecer, porquanto não há que se falar em registro da transmissão do imóvel quando da avaliação judicial", explicou o ministro ao citar casos mais antigos, como o REsp 2.525 – o primeiro sobre o assunto.

Neste, o ministro Armando Rollemberg ratificou as razões apresentadas pelo Ministério Público Federal (MPF), segundo as quais a arrematação é uma forma de venda que se processa judicialmente e permite a aquisição de imóveis por preço inferior ao da avaliação. O relator afirmou que o valor atribuído não é o valor alcançado na venda, e não há lógica jurídica que permita a prevalência do valor de avaliação para servir como base de cálculo do tributo.

Desde esse precedente, o STJ decide no sentido de considerar o valor da arrematação como base de cálculo do ITBI – entendimento confirmado, mais recentemente, no AgInt no AREsp 2.050.401, no AREsp 1.542.296 e no AREsp 1.425.219.

Ônus da prova para afastar imunidade tributária

Ao analisar o **AREsp 444.193**, a Segunda Turma ratificou o entendimento do tribunal segundo o qual, havendo dúvida sobre a real destinação do imóvel, para fins de aplicação da imunidade tributária, cabe à Fazenda Pública apresentar prova de que seu uso estaria desvinculado da finalidade religiosa.

No caso julgado, o fisco municipal questionou se alguns terrenos seriam mesmo para templos adventistas, buscando a cobrança do ITBI na transação. Isso ocorreu após a igreja adquirir imóveis no município e pleitear administrativamente a imunidade tributária.

Em primeira instância, o pedido da igreja foi julgado improcedente, ante a ausência de provas de utilização dos terrenos para a construção de templos. O tribunal estadual reformou a sentença, dando razão à instituição religiosa.

No STJ, o município questionou a decisão, sustentando que não havia provas do uso dos terrenos para a finalidade religiosa, razão pela qual seria devido o recolhimento de ITBI.

O relator, ministro Mauro Campbell Marques, lembrou que havia presunção relativa de veracidade nas declarações da igreja. Assim, segundo ele, caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, apresentar prova de que os terrenos estariam desvinculados da destinação institucional.

O ministro citou precedentes do tribunal no mesmo sentido. Um deles, de 2007 (**Ag 849.285**), tratou de controvérsia similar com entidades que gozam de imunidade tributária, porém relacionada ao IPTU. Em qualquer caso, para o STJ, existindo alguma contestação sobre a utilização de imóveis por instituição beneficiada pela imunidade tributária, cabe ao fisco competente produzir a prova.

Alienação onerosa para coproprietário

No **REsp 722.752**, a Segunda Turma discutiu o caso de quatro coproprietários de seis imóveis urbanos, que extinguiram parcialmente a copropriedade para que cada um deles passasse a ser o único titular de um imóvel. Nessa situação, como ficaria o ITBI?

No recurso relatado pelo ministro Herman Benjamin, o colegiado deu razão ao fisco municipal, que pedia o recolhimento do tributo. Ele comentou que, ao contrário do que entendeu o tribunal estadual, não houve a mera dissolução do condomínio, já que cada coproprietário adquiriu dos demais os 75% do imóvel que não lhe pertenciam.

"O ITBI deve incidir sobre a transmissão desses 75%. Isso porque a aquisição dessa parcela se deu por alienação onerosa: compra (pagamento em dinheiro) ou permuta (cessão de parcela de outros imóveis)", explicou.

De acordo com o ministro, em razão do reconhecimento de que cada imóvel deve ser tributado de forma autônoma, o STF não permitiu que os municípios considerassem como uma universalidade todos os imóveis de um contribuinte, para fins de progressividade das alíquotas.

"Ora, se o município não pode considerar o conjunto de imóveis uma universalidade, para fins de cobrança do IPTU, não teria sentido admitir que o contribuinte possa fazê-lo, com o intuito de pagar menos ITBI", disse o relator.

Referências: REsp 1937821AREsp 1760009AREsp 215273REsp 771781REsp 764808EResp 1493162REsp 1175640REsp 1188655REsp 863893REsp 2525AREsp 2050401AREsp 1542296AREsp 1425219AREsp 444193Ag 849285REsp 722752

ABRINDO A CAIXA DE PANDORA: DA LAVA JATO AO EXTERMÍNIO DO DIREITO PENAL

ADEL EL TASSE: Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal, em diversos cursos de graduação e pós-graduação. Professor no Curso CERS. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

Não é incomum as sociedades vivenciarem momentos de exploração sensacionalista das situações criminais, com geração de pânico em grande parte da população, a partir do desenvolvimento de lógica baseada na luta do “bem” contra o “mal”.

Na verdade, os grandes momentos de carnificina na história humana, são momentos em que parte importante de uma população imaginou-se na condição de bem em estado puro, visualizando, com isso, os diferentes, os que pensavam de outra forma, como manifestação do próprio mal.

A atenção a essa constante tendência de que parte da população se considere moralmente superior ao restante e, então, busque a imposição de seus conceitos e valores, produziu o desenvolvimento de estrutura científica com o objetivo de conter esse poder de massacrar seres humanos, por intermédio da punição exercida, pelos autoproclamados bons, contra os, apontados, maus. O nome dessa estrutura científica é Direito Penal.

A dogmática jurídico-penal, visa frear a irracionalidade extrema, estabelecendo limites inafastáveis para o exercício do poder punitivo, por isso, não pode ser funcionalizada, ou seja, a simples proclamação de objetivos retoricamente nobres, em nada atua para franquear espaço para o descontrole punitivo funcionalizando o Direito Penal revelando a abertura de uma “caixa de Pandora” habilitadora dos massacres.

Na mitologia grega há o mito de Pandora a quem os Deuses do Olimpo conferem todas as qualidades, como beleza e inteligência, porém também lhe entregam uma caixa, com a recomendação de que nunca seja aberta. Pandora é então enviada à terra, mas, não sabe, na caixa que lhe foi entregue estão guardadas todas as desgraças do mundo, como ódio e discórdia. Não resistindo à curiosidade Pandora abre a caixa, liberando todos os males nela contidos.

A funcionalização do Direito Penal, tal qual a caixa de pandora aberta, libera imprevisíveis e nefastas consequências, pois, vai produzindo à corrosão de todos os mecanismos de contenção do poder punitivo, o que, em última análise, significa, destroçar a ideia de solucionar de forma racional os conflitos existentes em sociedade, habilitando mecanismos contrários aos avanços civilizatórios, em nome de um objetivo apontado como relevante.

A lava-jato abriu a “caixa de pandora” no Brasil, a partir de uma lógica discursiva de enfrentamento à corrupção, a qual, na realidade, apenas foi uma maneira de replicar a estratégia do “bem” contra o “mal”, transformando instituições do Estado em mecanismos para o ataque aos desafetos e aos que pensassem distinto daqueles que controlavam as estruturas do poder punitivo.

O discurso de combate à corrupção atende muito bem à estrutura argumentativa que deve ser produzida, baseada em um elemento não palpável, capaz de gerar repulsa coletiva, cuja prática pode ser atribuída a qualquer pessoa.

A partir disso, a seletividade é facilitada, pois, se qualquer pessoa pode ter contra si atribuída a prática do ato tratado, simples selecionar desafetos e lhes imputar o comportamento a ser combatido. Como esse comportamento está inserido em um campo abstrato e genérico, qualquer argumentação justifica as ações contra a pessoa selecionada e a repulsa coletiva, faz com que qualquer discurso crítico seja silenciado.

A repulsa coletiva gerada, além de bloquear qualquer espaço ao discurso crítico, atua produzindo o emparedamento das instâncias decisórias. Não por outra razão, os processos da lava-jato, tem como questão essencial o emparedamento das instâncias decisórias, fazendo os órgãos recursais replicarem as decisões dos graus ordinários, gerando a falsa sensação de que como vários Magistrados decidiram da mesma forma, a pessoa acusada somente pode ser culpada.

A partir dessa percepção, a lava-jato para conseguir produzir suas ações, passa a ter no Direito Penal real um inimigo de primeira hora, passando a atacar suas estruturas dogmáticas e, esse passo, é fundamental ter em conta que uma das questões vitais para a preservação do Estado Democrático de Direito é a não admissão de fissuras a produzir aceitação de afastamento da estrutura dogmático-penal.

A produção de exceções, em relação às quais é estabelecido discurso no sentido de que a situação justifica algumas flexibilizações, não é nenhuma saída genial inovadora, nada mais constituindo que a estratégia empregada usualmente para corroer as estruturas democráticas, estabelecendo prevalência dos conteúdos autoritários em determinado Estado.

A propósito, é relevante ter claro que as estruturas autoritárias de poder, sob o ponto de vista retórico, são desenvolvidas, a partir do anúncio de exceções.

Assentada a exceção, etapa contínua é a ampliação gradual, até a sua conversão em regra, passando a ser exceção justamente a preservação dos direitos e garantias, os quais restam, então, salvaguardados, somente em favor dos próprios controladores do poder punitivo ou seus protegidos.

Assim, é produzida a funcionalização penal, e deixa de ser fundamental a limitação e diminuição da irracionalidade do poder punitivo, passando a ser eixo central a liberação total dele, para o combate daquilo que se anuncia como mal, submetido apenas ao controle subjetivo de quem dispõe da capacidade de exercê-lo.

Dentro desse cenário, verificável claramente uma emergência no resgate do Direito Penal. Os meios acadêmicos precisam voltar a pensá-lo com cientificidade, os juízes a julgar com cientificidade, enfim a lógica da funcionalidade precisa ser combatida em todos os setores.

O ensino das Faculdades de Direito com objetivo de preparar para aprovação na prova da Ordem dos Advogados do Brasil ou em algum concurso público não serve ao futuro do País que, para salvar a própria democracia, precisa de mais ciência nos espaços acadêmicos, acrescida do resgate da formação humanista.

Igualmente, o sistema de justiça tem papel fundamental na plena reestruturação democrática, impedindo a manutenção da lógica funcional, pela qual punir é objetivo vetor, sendo os direitos e garantias passíveis de exceções e contorcionismos, por pura construção retórica.

Em definitivo, para combater a falsa emergência gerada pelo discurso anticorrupção, há uma real necessidade de resgate da formação universitária científico-humanitária e o fortalecimento da jurisprudência penal constituída em bases científica e preservadora das estruturas dogmáticas, permitindo que o sistema de justiça atue em normalidade democrática, buscando a racionalização dos conflitos e a preservação permanente dos direitos e garantias fundamentais.

PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA UNIÃO EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E DO JULGAMENTO DO CC Nº 151.130

CAIO LOPES DA SILVA: Advogado, especialista em direito empresarial pela FGV-SP e mestrando em direito pela PUCSP³

RESUMO: O presente estuda busca realizar uma breve análise da evolução histórica da participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, tanto na esfera legislativa quanto na esfera jurisprudencial. Os requisitos atualmente impostos para a participação de entes públicos são, em suma, os mesmos que aqueles para qualquer ente privado. Apesar de toda a evolução legislativa sobre o tema, e o suposto entendimento pacífico de que seria possível a participação da Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça proferiu recentes decisões que não se coadunam com o que até então se verificava na jurisprudência da Corte, em casos envolvendo a participação da União. Diante desses julgados e o que até então se vinha aplicando, busca-se com o presente fazer uma análise destes julgados e colocá-los em perspectiva diante de toda a evolução tida até então.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; União Federal; Conflito de Competência; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: The present study seeks to carry out a brief analysis of the historical evolution of the participation of the Public Administration in arbitration procedures, both in the legislative sphere and in the jurisprudential sphere. The requirements currently imposed on the participation of public entities are, in short, the same as those for any private entity. Despite all the legislative evolution on the subject, and the supposed peaceful understanding that it would be possible for the Public Administration to participate, the Superior Court of Justice issued recent decisions that are not in line with what until then had been verified in the Court's jurisprudence, in cases involving the participation of the Union. Faced with these judgments and what had been applied until then, an attempt is made to analyze these judgments and put them in perspective in view of all the evolution that had taken place until then.

Keywords: Arbitration; Public Administration; Federal Union; Conflict of Competence; Superior Court of Justice.

³ E-mail: csilva@padismattar.com.br

1. INTRODUÇÃO

A utilização da arbitragem como método de resolução de conflitos oriundos de contratos administrativos e envolvendo entes da Administração Pública é tema há muito tempo debatido pela doutrina.

Mesmo antes da existência da Lei de Arbitragem brasileira, a questão já havia sido discutida pelo Supremo Tribunal Federal⁴, em 1973. Ao longo dos anos, com a promulgação da Lei de Arbitragem e posteriormente com as mais diversas leis, o assunto passou a ser cada vez mais aceito pela doutrina e pelos Tribunais Brasil à fora.

Além disso, as vantagens trazidas pela arbitragem nos conflitos com a Administração Pública apenas fomentaram a prática e a presença de cláusulas compromissórias nos mais diversos tipos de editais e contratos administrativos.

Apesar de não ser o objeto do presente estudo, a existência de um panorama legislativo e jurisprudencial favorável à administração pública como parte em arbitragens pode ser considerado inclusive como incentivo à atração de investimentos estrangeiro direto.

Resultado dessa evolução e das vantagens que o instituto apresenta é justamente a raridade de casos envolvendo projetos de infraestrutura em que a Administração Pública está envolvida e que não esteja prevista a arbitragem como método de resolução de conflitos.

Não obstante esse panorama, recentemente o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões que contrariam o posicionamento da própria corte.

O presente artigo pretende demonstrar brevemente esta evolução legislativa e jurisprudencial até estas mais recentes decisões do STJ e, a partir disso, analisar as decisões e os principais fundamentos para este novo posicionamento da Corte.

2. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO TEMA NO BRASIL

Apesar de ainda existirem autores administrativistas que se opõem à utilização da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos oriundos de contratos administrativos⁵, a atual evolução legislativa e jurisprudencial mostra estar seguindo um caminho oposto.

⁴ Caso Lage – STF AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382.

⁵ Neste sentido, veja-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 812; e MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração

Antes da mais recente alteração à Lei de Arbitragem, diversas leis federais já veiculavam normas sobre a possibilidade de participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais.

Dentre as principais leis federais neste sentido, podemos citar a título exemplificativo e para demonstrar essa evolução as seguintes leis: **(i)** Lei n. 9.472/19976, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e criou a ANATEL; **(ii)** Lei n. 9.478/19977, que dispõe sobre a política energética nacional e instituiu o Conselho Nacional e Política Energética e a ANP; **(iii)** Lei n. 10.233/20018, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a ANTT a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; **(iv)** Lei n. 10.848/20049, que dispõe sobre a comercialização de energia; **(v)** Lei n. 11.079/200410, que dispõe normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada; **(vi)** Decreto n. 8.465/2015, posteriormente revogado e alterado pelo Decreto n. 10.025/201911

Pública: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 54, 2011. p. 194-209.

6 **Art. 93.** O contrato de concessão indicará:[...] XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

7 **Art. 43.** O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

8 **Art. 35.** O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: [...] XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

9 **Art. 4º** Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. [...] § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

10 **Art. 11.** O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, (...) podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

11 **Art. 1º** Este Decreto dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as

que dispõe sobre a arbitragem no setor portuário; **(vii)** Lei n. 13.303/2016¹², também conhecida como Lei das Estatais; e **(ix)** mais recentemente, a Lei n. 14.133/2018¹³, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos.

Ou seja, a adoção da arbitragem como método para resolução de disputas envolvendo a Administração Pública já indicava ser uma tendência desde final do século passado¹⁴. Diante desse cenário e evolução legislativa destes – pelo menos – 25 anos, verifica-se como possível, viável e até mesmo favorável a inclusão de cláusulas arbitrais em contratos administrativos.

Como se tudo isso já não bastasse, para dirimir de vez a questão sobre a possibilidade de participação da administração pública ou não em procedimentos arbitrais, a Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem, fez questão de incluir expressamente em seu artigo primeiro, a menção de que “[A] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”.

A alteração da Lei de Arbitragem nada mais foi do que a adoção expressa em lei daquilo que, na prática e em legislações esparsas já vinha sendo apresentado. Já há anos que a legislação e a jurisprudência brasileira vinham caminhando em direção à aceitação da arbitragem como método adequado para resolução de conflitos em que a administração pública é parte¹⁵, para que enfim, em 2015, esta possibilidade fosse expressa na Lei de Arbitragem.

entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

12 Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão: [...] **Parágrafo único.** A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

13 Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

14 ROST, Maria Augusta. Arbitragem como Política Pública: O efetivo combate aos cartéis em licitação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.96.

15 QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 59/2018, out-dez / 2018, p. 121-146.

Justamente por este motivo, não seria nenhum absurdo afirmar que experiência brasileira com arbitragem envolvendo entes da Administração Pública tem sido cada vez mais positiva¹⁶ e incentivada pela legislação, doutrina e aqueles que atuam neste mercado.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRABILIDADE

Apesar do atual cenário favorável, muitos óbices já foram apresentados para impedir a Administração Pública de fazer parte de procedimentos arbitrais. Historicamente, dentre estes óbices dois se destacam: **(i)** princípio da legalidade; **(ii)** indisponibilidade do interesse público.

O primeiro diz respeito à necessidade de existência de lei prévia que expressamente permita a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais. Ou seja, a máxima de que a Administração Pública deve tão somente obedecer às leis, cumpri-las e pô-las em prática, além de não poder agir se não em virtude de lei que a permita¹⁷. O que, como vimos, pode ser entendido como superado, vez que, não apenas a própria Lei de Arbitragem expressamente autoriza esta participação, como diversas outras leis federais também o fazem.

O segundo ponto traz uma questão sobre a matéria que pode ser discutida em arbitragem. Ou, neste caso, que não poderia ser discutida.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem estabelece que "*[A]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*", ou seja, delimita o objeto de análise de procedimentos arbitrais para "direitos patrimoniais disponíveis. Assim, "interesse público", por ser indisponível, não se enquadraria no permissivo legal do artigo 1º da Lei de Arbitragem.

Aqueles que defendem a impossibilidade da participação da Administração Pública em arbitragens, baseiam-se em grande medida, justamente no princípio da indisponibilidade do interesse público, e que, por este motivo, não haveria direito disponível capaz de ser discutido em sede arbitral.

16 LEMES, Selma Ferreira. Incentivos à arbitragem na administração pública. Valor Econômico. 05.09.2016. Disponível em: [<https://valor.globo.com/noticia/2016/09/05/incentivos-a-arbitragem-na-administracao-publica.ghtml>]. Acesso em: 05/12/2022.

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 104.

Estes óbices levam à análise tanto da arbitrabilidade subjetiva dos entes da Administração Pública, quanto sobre a arbitrabilidade objetiva dos conflitos em que estes entes possam ser partes.

3.1 Arbitrabilidade Subjetiva – Quem pode discutir?

Como visto, a Lei Brasileira de Arbitragem prevê uma autorização geral aos entes de da Administração Pública para que revolvam conflitos por arbitragem, não apresentando qualquer restrição quanto ao sujeito que pode ser parte.

Para que não haja qualquer dúvida, o dispositivo ainda indica claramente que tanto os entes da Administração direta, quanto indireta podem ser partes de procedimentos arbitrais, não impondo qualquer condição adicional.

Diante disso, a conclusão que se apresenta é pela possibilidade incondicional de qualquer ente da Administração Pública de fazer uso da arbitragem como método de resolução de conflitos. Não há qualquer restrição legal no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva de quaisquer dos entes da Administração Pública, visto que superado esse ponto por expressa determinação legal.

3.2 Arbitrabilidade Objetiva – O que pode ser discutido?

Ultrapassada a discussão acerca da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, cabe analisar se eventual conflito envolvendo a Administração Pública é passível de resolução pela via arbitral diante da matéria que será discutida. Em outras palavras, faz-se necessário uma análise do objeto posto para decisão do tribunal arbitral.

Via de regra, a análise aqui será a mesma que em qualquer outra arbitragem em que a Administração Pública não estivesse envolvida¹⁸, vez que é o critério geral estabelecido pela própria Lei de Arbitragem em seu artigo 1º.

A interpretação da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” deve ser entendida como aquele direito que “*pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência*”¹⁹, e que dos quais pode dispor o seu titular²⁰.

18 QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 59/2018, out-dez / 2018, p. 121-146.

19 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

20 QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 59/2018, out-dez / 2018, p. 121-146.

Neste ponto, algumas das normas citadas no tópico "2", acima, trazem listas exemplificativas – e não taxativas – de possibilidades de conflitos que poderiam ser submetidos à arbitragem²¹⁻²².

Um exemplo relevante para o presente estudo – conforme se verá no tópico "4", abaixo – é o da cláusula arbitral contida no Estatuto Social da Petrobras. Como se sabe, referida companhia se trata de uma empresa estatal, da qual é acionista controlador a União Federal. O atual parágrafo único do artigo 59 do Estatuto Social da Petrobras prevê que a cláusula compromissória "*não se aplica não se aplica às disputas ou controvérsias que se refiram às atividades da Petrobras fundamentadas no art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e observado o disposto neste Estatuto no que tange ao interesse público que justificou a criação da Companhia, bem como às disputas ou controvérsia que envolvam direitos indisponíveis*"²³.

O Estatuto Social, portanto, restringe expressamente o âmbito de aplicação objetivo da cláusula compromissória ali prevista. Não apenas isso, mas também reforça a indisponibilidade do interesse público e de controvérsias que envolvam direitos indisponíveis, que não seriam arbitráveis.

Assim, entende-se por incontroversa a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais²⁴, vez que legitimada a tanto por lei e detentora de direitos patrimoniais disponíveis. A análise da arbitrabilidade objetiva, portanto, se limita à identificação da disponibilidade do direito material ou não. Ou seja, se foi cumprido o requisito legal de arbitrabilidade objetiva ou não, e apenas isso.

4. PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO EM ARBITRAGENS E O POSICIONAMENTO RECENTE DO STJ

Como visto, via de regra, a tendência legislativa e doutrinária nacional tem sido pela possibilidade de participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais.

²¹ Como por exemplo o Decreto n. 8.465/2015 e a Lei n. 13.448/2017.

²² Acerca da não taxatividade dos elementos apresentados nestas leis, Luisa Quintão entende que, mesmo que houvesse eventual restrição, esta não afetaria o critério de aferição de arbitrabilidade previsto na Lei. (QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 59/2018, out-dez / 2018, p. 121-146).

²³ Petrobras. Relacionamento com Investidores. Estatuto Social. Disponível em: [<https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-1343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2>]. Acesso em: 05.12.2022.

²⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, v. 6, 2015. p. 47-81.

Até mesmo a jurisprudência do STJ indicava um posicionamento favorável da Corte à esta possibilidade²⁵.

Apesar de todo o recente desenvolvimento legal, doutrinário, e até mesmo jurisprudencial, o STJ recentemente proferiu decisões em sentido contrário em casos envolvendo a participação da União²⁶. O segundo e mais recente caso não chegou a ser decidido pelo colegiado, diante do precedente formado pelo acórdão proferido no primeiro caso a Ministra Nancy Andrighi proferiu decisão monocrática no mesmo sentido – que será analisado abaixo. Por este motivo, será dado maior ênfase à análise do primeiro julgado.

O primeiro caso se refere ao acórdão proferido no Conflito de Competência nº 151.130. O caso, em suma, trata de controvérsia acerca de qual seria o órgão competente para apreciar a questão relativa ao alcance da cláusula arbitral contida no Estatuto Social da Petrobras. Lê-se de referida cláusula que *"Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas às regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou Controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976 (...)"*²⁷. O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, determina que as deliberações da União por meio de voto proferido em Assembleia Geral *"que visem a orientações de seus negócios, nos termos do artigo 238 da Lei nº 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo"*.

Quando da análise da questão pelo STJ, havia uma arbitragem em curso, iniciada pelos acionistas minoritários da Petrobrás²⁸, em face da companhia, assim como da União, na qualidade de acionista majoritária. A arbitragem buscava resolver a discussão acerca da

²⁵ Neste sentido, diversos foram os casos ao longo dos anos mostraram que o posicionamento geral da corte seria pró arbitragem. Dentre eles, podemos citar, a título de exemplo, os seguintes: **(i)** Caso AES-Uruguiana (REsp n. 606.345/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17/5/2007, DJ de 8/6/2007, p. 240); **(ii)** Caso Compagás (REsp n. 904.813/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe de 28/2/2012); **(iii)** Caso ANP-Petrobrás ((CC n. 166.681/PA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 11/3/2020, DJe de 13/3/2020).

²⁶ CC n. 151.130/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/11/2019, DJe de 11/2/2020, e CC n. 177.437, decisão monocrática da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/02/2021.

²⁷ Redação do artigo 58 do Estatuto Social da Petrobrás à época do julgamento da matéria. Na versão atualizada do estatuto a cláusula compromissória passou a ser o artigo 59 do documento. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-1343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2>

²⁸ Procedimento Arbitral CAM 99-100/17.

existência de eventual responsabilidade da União Federal pela desvalorização acionária excessiva, decorrentes dos escândalos de corrupção investigados pela Operação Lava-Jato e que envolviam diretamente a Petrobrás. O Tribunal Arbitral entendeu que essa cláusula seria ampla o suficiente para vincular também a União Federal ao procedimento.

A União, desde o início, se opôs à arbitragem. Sustentou, em suma, que a cláusula compromissória que baseava a disputa não seria a ela aplicável.

A câmara de arbitragem, em análise *prima facie* da matéria, decidiu pela manutenção da União na arbitragem e o prosseguimento do feito na seara arbitral com a União Federal e Petrobras no polo passivo e os investidores da companhia no polo ativo.

Diante desta decisão, a União ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica perante a Justiça Federal de São Paulo, a fim de que fosse determinada a sua retirada do procedimento arbitral. Sustentou, nesta ocasião, que o fato de ser acionista da Petrobras não seria suficiente para obrigá-la a participar da arbitragem. A justiça federal acatou o pedido da União e determinou sua abstenção do procedimento arbitral.

Diante da existência das decisões conflitantes da Justiça federal, de um lado, e da decisão da câmara de arbitragem, de outro, foi suscitado o conflito de competência pelos investidores da Petrobras em 2017.

A decisão do STJ não foi unânime, e Ministra Nancy Andrichi foi voto vencido, e a única a votar no sentido de que a União poderia sim estar presente no polo passivo da demanda.

Não obstante as análises realizadas tanto pelo Tribunal Arbitral quanto pelo STJ do mérito do litígio em questão, o que importa para o presente estudo é a análise feita no acórdão acerca da arbitrabilidade – tanto subjetiva quanto objetiva – do litígio no que tange à participação da União Federal.

Necessário lembrar que a análise do STJ, em tese, somente poderia ser realizada caso restasse absolutamente evidenciado, *prima facie*, a existência de uma cláusula

compromissória patológica²⁹. Caso contrário, a corte deveria observar o princípio da *kompetenz-kompetenz*, reconhecido inclusive pela Lei de Arbitragem³⁰.

4.1 Análise da arbitrabilidade subjetiva

Ao contrário do que se poderia esperar, seguindo o voto-vista do Ministro Luís Felipe Salomão, a 3ª Turma do STJ considerou que as condições para a participação do Estado na arbitragem não estavam preenchidas e que a cláusula arbitral não abrangia o litígio em questão.

Vale lembrar que a União Federal requereu a sua exclusão da arbitragem, com base principalmente em dois argumentos: (i) ausência de autorização expressa no Estatuto da Petrobras para sua submissão ao procedimento diante da não aplicabilidade da cláusula compromissória que a vincule na qualidade de acionista da Petrobras; e (ii) do caráter facultativo da arbitragem.

Apesar do voto favorável à declaração de competência do Tribunal Arbitral proferido pela Ministra Nancy Andrighi, o Ministro Luis Felipe Salomão abriu a divergência para declarar a competência do Juízo Federal suscitado.

Entre outros fundamentos, sustentou o Ministro que, "*em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula*". O Ministro Marco Aurélio foi além ao indicar que no caso em análise não houve o consentimento da União para participar da arbitragem, mesmo diante do fato da existência da cláusula compromissória no Estatuto Social de empresa em que a União é acionista controladora.

Entendeu ainda, que o primeiro ponto que merece detida análise, envolve a anuência ou não da União à cláusula compromissória prevista no artigo 58 do Estatuto Social da Petrobras. A conclusão do Ministro foi no sentido de "*que muito embora se alegue, no caso, a possibilidade da submissão do ente público à arbitragem, mesmo antes*

²⁹ Foi nesse sentido, inclusive, que iniciou seu voto o Min. Marco Aurélio Belizze, que formou maioria para a decisão. Indicou o Ministro que "*a doutrina especializada, assim como a jurisprudência desta Corte de Justiça, as admite excepcionalmente e em tese, sempre que restar absolutamente evidenciado, prima facie, a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (no caso, em relação à União Federal, alegadamente)*".

³⁰ **Art. 8º:** A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

da edição da Lei nº 13.129/2015 – e até mesmo antes da edição da Lei nº 9.306/97 –, penso que tal não autoriza a utilização e extensão do procedimento arbitral à União na condição de sua acionista controladora, seja em razão da ausência de lei autorizativa, seja em razão do próprio conteúdo da norma estatutária, a partir da qual não se pode inferir a referida autorização".

Ou seja, foi determinada a necessidade de lei autorizativa para a utilização e extensão do procedimento à União na condição de acionista, como se todas as leis autorizativas existentes não fossem suficientes. E mais, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio ainda indicou que "*não se pode afastar a exigência de regramento específico que apresente a delimitação e a extensão de determinado procedimento arbitral ao sócio controlador, notadamente em se tratando da ente federativo, no caso a União, em que a própria manifestação de vontade deve estar condicionada ao princípio da legalidade*".

Assim, foi afastada a arbitrabilidade subjetiva da União para participar no procedimento arbitral em questão, visto que o Estatuto Social expressaria apenas a vontade da Companhia em submeter-se à arbitragem, e não da União – mesmo na condição de acionista controladora.

Ao fim, no que tange à arbitrabilidade subjetiva, o acórdão reconheceu que, apesar de não restarem dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública diante do cenário legislativo atual, não seria autorizada a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária.

4.2 Análise da arbitrabilidade objetiva

A Ministra Nancy Andrighi entendeu que conflito submetido à resolução arbitral não diz respeito aos votos da União da assembleia de acionistas, não caindo a matéria dentro da exclusão expressa contida na cláusula compromissória do Estatuto.

No entanto, o voto vencedor entendeu que

Ao fim, por oito votos a um, o STJ decidiu o conflito de competência em favor da justiça federal, entendendo que caberia à justiça federal pronunciar-se, de maneira definitiva, sobre a eficácia da cláusula compromissória em relação à União, apesar de a Turma já ter decidido em seu acórdão.

No que tange ao objeto da arbitragem, teor da cláusula compromissória inserta no Estatuto da Petrobras evidencia que as disputas submetidas à arbitragem envolvem tão apenas "*as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os*

*administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social."*³¹

O Ministro Marco Aurélio entendeu que o pedido dos investidores na arbitragem configura matéria que foi expressamente excluída pela cláusula compromissória do Estatuto.

Ao entender que a matéria em análise "*ultrapassa, no tocante à União, os atos societários, porquanto as suscitantes pretendem a responsabilização solidária da União em virtude da escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras e da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes*", o Ministro Marco Aurélio indicou não entender pela existência de arbitrabilidade objetiva. Isso porque estaria a se tratar o mérito do caso de pleito de responsabilidade civil extracontratual em face da União, e não de questão de matéria societária, esta última sendo a única abarcada pela cláusula compromissória estatutária.

Por estes motivos, restou definido pelo acórdão que não haveria que se falar em princípio da competência-competência, vez que a discussão envolveria a análise pretérita da própria existência da cláusula compromissória, cabendo, neste caso, a análise imediata da jurisdição estatal.

Assim, quanto à arbitrabilidade objetiva, o acórdão entendeu que o conteúdo do pleito indenizatório subjacente ao conflito transcenderia o objeto indicado na cláusula compromissória do Estatuto da Petrobrás.

5.CONCLUSÃO

Os julgados acima analisados indicam perigoso precedente para o prosseguimento da arbitragem envolvendo entes da administração pública no Brasil, principalmente diante da fundamentação utilizada pela Corte.

Se hoje a arbitragem vinha sendo considerada como um poderoso instrumento para resolução de conflitos com a Administração Pública, já não se sabe como será a repercussão destes julgados no futuro próximo. Isso tanto no que diz respeito à adoção da arbitragem pelos entes públicos, quanto pelos particulares que com ela negociam.

³¹ Redação do artigo 58 do Estatuto Social da Petrobrás à época do julgamento da matéria. Na versão atualizada do estatuto a cláusula compromissória passou a ser o artigo 59 do documento. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-1343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2>

A repercussão aqui pode inclusive extrapolar as fronteiras nacionais, vez que a possibilidade de utilização da arbitragem em conflitos com entes públicos é uma importante ferramenta para a atração de investidores estrangeiros³².

Apesar de ainda não ser o entendimento pacífico ou majoritário – ao menos não neste momento – as recentes decisões do STJ quanto à participação da União em procedimentos arbitrais contrariam toda a evolução da modalidade que fora até então desenvolvida.

Entender pela ausência de arbitrabilidade subjetiva diante da ausência de lei autorizativa ou estatutária, ao passo em que tanto há lei expressa nesse sentido, quanto cláusula compromissória no Estatuto, não parece ser a resolução mais adequada para o conflito.

Não cabe analisar o mérito da questão e, se o direito material em questão seria oponível à União na capacidade de acionista da Petrobras. De qualquer maneira, mesmo que se entenda pela não oponibilidade, caberia ao Tribunal Arbitral excluir a União de eventual condenação, e não de se utilizar do argumento de ausência de arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

6. REFERÊNCIAS

ARCOVERDE, Pedro. STJ – Conflito de Competência 151.130/SP. Comentário por Pedro Arcoverde. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 74. ano 19. p. 157-216. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022.

BACELO, Joice. STJ mantém União em arbitragem movida por acionistas da Petrobras. Valor Econômico, 10.05.2018. Disponível em: [www.valor.com.br/legislacao/5515133/stj-mantem-uniao-em-arbitragem-movida-por-acionistas-da-petrobras]. Acesso em: 28.11.2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 812

BARBOSA, Henrique Cunha; VEIGA, Marcelo Godke; e LEMSTRA, Patrícia Gil. Caso Petrobras: Consolidação ou encruzilhada da arbitragem societária coletiva como instrumento de enforcement no Brasil? **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 68/2021, jan-mar / 2021, p. 169-195.

³² QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 59/2018, out-dez / 2018, p. 121-146.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRAGA, Vítor Galvão; e JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. A arbitragem e o novo regime de contratação administrativa. IN: WARDE, Walfrido; e VALIM, Rafael [org.]. **Direito Público e Arbitragem: os desafios emergentes da resolução privada de conflitos do Estado**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

LEMES, Selma Ferreira. Incentivos à arbitragem na administração pública. Valor Econômico. 05.09.2016. Disponível em: [https://valor.globo.com/noticia/2016/09/05/incentivos-a-arbitragem-na-administracao-publica.ghtml]. Acesso em: 05/12/2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 54, 2011. p. 194-209

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.6, p. 47-81, 2015.

NETO, Giuseppe Giamundo. A arbitragem em contratos administrativos na nova lei de licitações. IN: WARDE, Walfrido; e VALIM, Rafael [org.]. **Direito Público e Arbitragem: os desafios emergentes da resolução privada de conflitos do Estado**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

Petrobras. Relacionamento com Investidores. Estatuto Social. Disponível em: [https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-1343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2]. Acesso em: 05.12.2022.

ROST, Maria Augusta. **Arbitragem como Política Pública**: O efetivo combate aos cartéis em licitação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STF AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382.

STJ, Conflito de Competência 151.130/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 07.05.2018.

STJ, Conflito de Competência 177. 437, 3ª Turma, decisão monocrática da Rel. Min. Nancy Andrighi, 20/09/2021.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira da Advocacia**. Vol. 9/2018, abr-jun / 2018, p.19-41.

QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 59/2018, out-dez / 2018, p. 121-146.

WARDE, Walfrido; e VALIM, Rafael [org.]. **Direito Público e Arbitragem: os desafios emergentes da resolução privada de conflitos do Estado**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

NEGLIGÊNCIA ESTATAL E AS CONDIÇÕES DEPRECIATIVAS EM PRISÕES

GABRIELA DOURADO GONÇALVES:

Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Faculdade da Universidade Brasil.³³

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: Esse estudo tem como objetivo analisar a negligência estatal e seus impactos nas condições depreciativas em prisões no Brasil. Quanto a metodologia de pesquisa, trata-se de uma pesquisa bibliográfica. O sistema penitenciário brasileiro apresenta problemas em todas as esferas e notadamente é um sistema em que os direitos humanos e direitos fundamentais são desrespeitados, mediante a estrutura apresentada. O Estado tem falhas quanto a administração prisional, o que tem como consequências rebeliões, fugas, ambiente degradante e não contribui para o processo de ressocialização dos presos e apenados, apresentando clara violação dos direitos humanos. A atenção constante às condições de confinamento no Brasil reflete a percepção de que os maus-tratos a prisioneiros são uma das mais graves e crônicas violações de direitos humanos no país. Assim, o Estado tem sido negligente quanto ao seu papel para a estruturação e organização do atual sistema carcerário e deve buscar melhoria na qualidade dos serviços prestados e investimentos que sejam efetivos, por meio de soluções à crise carcerária instalada no Brasil.

Palavras-chave: Negligência estatal. Sistema prisional. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This study aims to analyze state negligence and its impacts on the depreciating conditions in prisons in Brazil. As for the research methodology, it is a bibliographic research. The Brazilian penitentiary system presents problems in all spheres and is notably a system in which human rights and fundamental rights are disrespected, through the structure presented. The State has failures regarding prison administration, which has as consequences rebellions, escapes, degrading environment and does not contribute to the process of re-socialization of prisoners and convicts, presenting clear violation of human rights. The constant attention to the conditions of confinement in Brazil reflects the perception that the mistreatment of prisoners is one of the most serious and chronic human rights violations in the country. Thus, the State has been negligent as to its role in the structuring and organization of the current prison system and should seek

³³ E-mail: gdourado154@gmail.com.

improvement in the quality of services provided and investments that are effective, through solutions to the prison crisis installed in Brazil.

Keywords: State negligence. Prison system. Human Rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Sistema Prisional Do Brasil. 2.1 Superlotação carcerária. 3. A evolução da execução penal no Brasil. 4 A negligência do estado e a precariedade do sistema prisional brasileiro. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Temas que envolvem a o sistema carcerário no Brasil são constantemente alvo de estudo e objeto de atenção nos recentes debates relacionados à segurança pública, política criminal e direitos humanos, o sistema prisional e o encarceramento no país são alvo de críticas sobre a atual situação estrutural das prisões, assim como o papel do Estado para a efetivação de políticas públicas e a urgência de mudanças que alcancem esse contexto (CARVALHO; SANTOS, 2016).

Os casos de violência e de criminalidade geram ideias divergentes no contexto da sociedade no Brasil. Notadamente, defende-se medidas mais rigorosas relativamente à correção daqueles que praticam atos ilícitos, assim como se luta contra a impunidade existem paralelamente com um sistema prisional ineficiente pois não atinge as metas de ressocialização de apenados e de redução da criminalidade (RODRIGUES, et al. 2020).

O Brasil tem uma democracia jovem e a lei suprema do país, a Constituição Federal declara a prioridade de estabelecer a ordem social democrática, a liberdade econômica e um estado legal e social que garanta os direitos humanos e liberdades universalmente reconhecidos (MACHADO; GUIMARÃES, 2014, p. 570).

O tema constitui algo completo que envolve os arranjos formais e informais que conformam o chamado sistema prisional, na medida em que conflitos emergem dessas relações que são estabelecidas entre os seus atores, influenciando, em última análise, em maior ou menor medida, o delineamento de políticas públicas para o setor (BERNARDO, et al. 2021).

Além disso, no meio desta teia de tensão e conflito, o espaço de discussão sobre a atuação do policial penal na gestão prisional quanto a ressocialização do preso que tem sido construído como um dos mecanismos que tornariam parcialmente viáveis as condições para a ressocialização de um sujeito que tenha cometido um crime.

Em parte da literatura sobre o tema, juntamente com a questão da ressocialização, há uma discussão que investiga a atuação do policial penal como gestor no processo de

ressocialização do apenado. Portanto, segue o seguinte questionamento: como a negligência estatal tem impactado as condições depreciativas em prisões no Brasil?

Quanto a metodologia da pesquisa, toma-se como ponto de partida para a base teórica da pesquisa bibliográfica construída por autores como Toledo (1994); Marcão, (2019); Mirabete (2017), somando a estudo de outros autores que foram citados e vinculados ao longo do texto, juntamente com análise qualitativa a fim de ajudar a ampliar a reflexão sobre o tema estudado

O objetivo desse estudo é analisar a negligência estatal e seus impactos nas condições depreciativas em prisões no Brasil.

2. SISTEMA PRISIONAL DO BRASIL

No Brasil, a lei penal dispõe que as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas em regime de progressão da pena, sendo em regime, aberto, semiaberto e fechado. O sistema penitenciário no Brasil ganhou a reputação de medieval devido à séria superlotação, violência e falta de assistência legal prestada aos prisioneiros.

O sistema penitenciário no Brasil é descrito como um sistema de progressão diferenciado ou “regime disciplinar diferenciado”. Os regimes incluem fechado, semiaberto e aberto. Depois de cumprir um período de tempo prescrito em um regime, os prisioneiros se qualificam para serem transferidos para um regime menos restritivo e, finalmente, libertados inteiramente (PRADO, 2017).

É o juiz que decide em qual regime um preso condenado entrará para cumprir sua sentença. A decisão é baseada principalmente no cumprimento da sentença total. Os presos que cumprem pena de mais de 8 anos começarão a pena em regime fechado. Os presos com sentença entre 4 e 8 anos começarão sua sentença em regime semiaberto. Os presos com sentença inferior a 4 anos começarão a sentença em regime aberto.

O juiz tem uma gama de flexibilidade na designação de prisioneiros para regimes. Normalmente, quando essa flexibilidade é exercida, os presos são designados para um regime mais rigoroso e restritivo.

O Código Penal de 1940 se destacou pelo fato de ter surgido com concepções liberais dentro de um Estado ditatorial. Apresentou boa técnica e simplicidade de manuseio, sofreu aplausos e críticas, e adotou o duplo binário (acumulando pena e medida de segurança). Possui uma grande carga de expressividade, sendo tão destacada a pena privativa de liberdade que causa outros grandes problemas, sobretudo a falta de espaço nos presídios e um excedente de execuções impossíveis de se cumprirem (TOLEDO, 1994).

O ano de 1981 foi praticamente dedicado à realização, em todo o País, de ciclos de conferências e debates sobre a projetada reforma penal. Entrementes, chegavam ao Ministério da Justiça sugestões e críticas sobre os anteprojetos dados à publicação.

No período de 27 a 30 de setembro de 1981, realizou-se, em Brasília, o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, patrocinado pelo Ministério da Justiça, pela Universidade de Brasília e pelo Governo do Distrito Federal, que teve a expressiva participação de cerca de 2.000 congressistas, vindos de todas as regiões do País, dentre os quais as figuras mais proeminentes de nossos meios jurídicos. Nesse Congresso foram intensamente debatidos os anteprojetos anteriormente referidos e colhidas inúmeras sugestões para a elaboração dos textos definitivos (MARCÃO, 2019).

A reforma penal promovida à época do ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel objetivou um enfoque sistemático, reformado não só a Parte Geral, como também a Especial, o Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei das Contravenções Penais. Primeiramente, foram entregues a Parte Geral do Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, promulgados somente o primeiro e o último (ROIG, 2018).

O projeto de reforma da Parte Especial do Código Penal tramita até hoje no Congresso Nacional. Doutrina e jurisprudência apontam divergências sobre a natureza jurídica da execução penal.

Julio F. Mirabete afirma que:

... na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal: 'Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal (MIRABETE, 2017, p. 53).

Conforme ensina Marcão (2019, p. 38), a LEP no Brasil não tem somente um foco no sistema prisional, mas também estabelece regras para que se concretize a ressocialização do apensado. A aplicação e interpretação das normas em matéria de execução penal são permanentemente norteadas por princípios contidos na Constituição Federal, Código de Processo Penal, Código Penal, Lei de Execução Penal e nos Tratados e Convenções internacionais em matéria penal e de direitos humanos.

Em uma visão penal-constitucional moderna, tais princípios não mais atuam como elementos meramente informadores ou programáticos, possuindo sim força normativa capaz de concretamente tutelar direitos fundamentais das pessoas condenadas.

2.1 Superlotação carcerária

Nos últimos vinte anos, os membros da comunidade prisional quadruplicaram 600.000 (seiscentos mil), demonstrando uma necessidade de pelo menos 200.000 (dois cem mil) novas células para superar problemas de espaço.

Além disso, uma taxa de encargos subiu até sete por cento, de acordo com um relatório de 2015 da Human Relatário da Rights Watch, dez vezes mais rápido que o crescimento da população do país. Além de os distúrbios das gangues são importantes, como as condições gerais são praticamente as mesmas em Pedrinhas e em todas as prisões do Brasil, onde há pouco ou nenhum acesso para atender às necessidades básicas, como água potável e saúde ou nutrição segura e procedimentos de saúde.

O artigo 5, LXVI da Constituição Federal estabelece que “ninguém será levado a prisão ou mantidos nela quando a lei permitir a libertação temporária, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988). Combinado com os princípios do devido processo e presunção de inocência, o arcabouço legal brasileiro determina, portanto, que a liberdade deve ser a regra e a prisão, apenas a exceção.

Conforme indicado anteriormente, a superlotação das prisões é um dos problemas sérios que devem ser abordadas a fim de melhorar o sistema de justiça criminal no país. Contudo, é necessária cautela ao propor soluções, pois a superlotação nas prisões não é a causa da o colapso do sistema penitenciário atual, é apenas um sintoma, de maneira irracional através do qual o Brasil tem respondido à criminalidade.

Para que o Sistema de Justiça Criminal no Brasil seja eficaz, uma série de medidas que tratam a cultura do encarceramento é necessária. Essas medidas devem atender às necessidades da população, desejam maneiras melhores de responsabilizar os infratores por seus atos e, ao mesmo tempo, ser mais eficiente em aumentar as chances de reabilitação. Eles também devem respeitar a princípios estabelecidos na Constituição e observam as normas de direitos humanos.

Essa realidade faz parte da história do país sistema prisional e está ligado a vários fatores históricos, incluindo um sistema de justiça fraco. Estima-se que quase metade das pessoas na prisão sejam inocentes ou nem sequer deveria estar na prisão devido a audiências de custódia. Alguns tempos mais longos do que o permitido pelo judiciário; ou atingiram uma sentença e não estão cientes disso porque não têm um advogado ou qualquer orientação legal e a maioria das acusações criminais são negras e pobres (*Human*

Rights Watch). Por fim, outras questões permanecem sem solução nas instalações provisórias do Brasil incluindo uso excessivo de força, espancamentos e tortura por policiais.

As questões que mais se destacam quando se trata das condições prisionais no Brasil concentram-se invariavelmente na superlotação e escassez de pessoal. Segundo dados oficiais de junho de 2011, há um déficit de 208.900 vagas, deixando o sistema penitenciário brasileiro operando com 159% da capacidade. Em 2006, apenas 61.000 pessoas estavam empregadas no sistema penitenciário, 75% como guardas (CARVALHO; SANTOS, 2016).

A *Human Rights Watch* (HRW) criticou o problema de superlotação das prisões do Brasil no seu Relatório Mundial. O relatório do HRW também enfatizou a necessidade de isolar os réus presos sob custódia para aguardar o julgamento dos condenados que cumprem as sentenças de prisão e sugerir a captura de perigosos dos menos agressivos e com base nas suas afiliações de gangues, na tentativa de evitar danos entre grupos rivais como o que acabou em um massacre em Manaus, Amazonas.

A população carcerária em toda a América Latina tem crescido constantemente nas últimas décadas. As rigorosas leis sobre drogas e as políticas anti-gangues levaram a um aumento maciço do número de pessoas encarceradas, levando à superlotação nos sistemas penitenciários subfinanciados e muitas vezes negligenciados. A maioria dos presos ainda não foi julgada e pode esperar anos para ser ouvida. Em alguns países, as gangues continuam a operar e recrutar novos membros de dentro das prisões, e os líderes das gangues ordenam extorsão e homicídios atrás das grades (OLIVEIRA, et al. 2019).

Esse fenômeno pode ser visto claramente no Brasil, que recentemente alcançou a infeliz distinção de ter a quarta maior taxa de encarceramento do mundo. Nos últimos quinze anos, a taxa de encarceramento do país cresceu 7% ao ano, dez vezes mais que o crescimento populacional. Nos últimos 25 anos, a população carcerária do Brasil passou de 90.000 para quase 600.000. Prevê-se um aumento de 1,9 milhão em 2030 se as taxas atuais persistirem (NÚÑEZ NOVO, 2017).

A superlotação afeta principalmente aqueles detectados sob custódia policial, para os quais 12.712 vagas são registradas (o Ministério da Justiça não compara números sobre os níveis de pessoal nas prisões policiais). Além disso, como descobri em minhas visitas iniciais à prisão, as taxas oficiais de capacidade e os níveis de pessoal são reflexos fracos da realidade no terreno (COMPARATO, 2013).

As taxas de capacidade raramente são calculadas com base em uma pessoa por célula. A lei brasileira estipula que os prisioneiros devem ser mantidos em celas individuais com 6m², mas, com exceção dos presos em confinamento solitário em unidades de

segurança máxima no nível estadual ou em uma das cinco prisões federais de supermax, a ocupação única é desconhecida.

3. A EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

A história da execução da pena no Brasil não poderia ser desassociada da própria narrativa do Direito Penal Brasileiro. Assim sendo, no período de descobrimento desta parte do continente americano, no século XVI, colonizadores portugueses encontraram nas terras brasileiras povos indígenas, dos quais ostentavam sua própria cultura e seu próprio modo de conviver (TOLEDO, 1994, p. 55).

A efetiva memória acerca do direito penal brasileiro nasce na idade colonial, quando aqui os colonizadores impuseram as Ordenações Afonsinas trazidas de Portugal. Ocorre que tais normas não dispuseram da devida efetividade em razão da falta de organização por parte do Estado. Em razão disso foram substituídas pelas Ordenações Filipinas, que por sua vez, foram as que tiveram maior aplicação, tanto é que mesmo após a Independência (1822) continuaram a vigor até 1830 data esta do primeiro Código Penal Brasileiro.

As Ordenações Filipinas tinham caráter muito religioso, não dissociando o direito da religião, que por vezes podia-se notar o uso de palavras e a previsão de crimes para aqueles que fosse de encontro com a Igreja (p.ex. Título XVII: dos que cometem pecado de sodomia). Do que se pode extrair deste regulamento é a presença de uma execução penal cruel, visto que a morte era empregada comumente como punição.

Ademais, o grande exemplo de Tiradentes, que fora executado e esquartejado mostrava como era o tratamento penal daquele período. Para isso, Francisco de Assis Toledo, em sua obra literária descreve:

A severidade desse Código não contrastava, contudo — repita-se com o espírito dos colonizadores da época, pois se as leis eram cruéis os homens não deixavam por menos. Relata o Pe. Vieira, referindo-se ao Maranhão, em carta de 20 de abril de 1657, dirigida ao Rei D. Afonso VI, sucessor de D. João IV, o seguinte: as injustiças e tiranias que se têm executado nos naturais destas terras excedem muito às que se fizeram na África. Em espaço de quarenta anos se mataram e se destruíram, por esta costa e sertões, mais de dois milhões de índios, e mais de quinhentas povoações como grandes cidades; e disto nunca se viu castigo". (Grifo nosso)

A declaração de Independência do Brasil do Império Português, no dia 7 de setembro de 1822, simboliza o surgimento de novas tendências deste País, corrobora com esta afirmação a vinda da família real para o Brasil pois inicia-se um processo de

desenvolvimento forçado. Com as operações da coroa no Rio de Janeiro, necessário se fez a abertura do comércio para as outras nações, reformulando a estrutura administrativa e política. A Constituição de 1824 trouxe um conjunto de dispositivos que não mais concordavam com o direito das Ordenações, surgindo assim à reformulação da legislação penal, contribuindo para a rápida elaboração do Código Criminal do Império do Brasil. Montezuma (2020, p. 28):

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Observa-se que a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à de Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia.

Importante frisar que esta não previa nenhuma norma sobre execução penal, contudo, haviam princípios relevantes em seu bojo que reverberavam diretamente no Direito Penal, como p. ex. o juiz natural e a previsão da individualização da pena.

O Código Criminal do Império é aprovado em 1830 trazendo consigo significativas novidades. De início nota-se em seu artigo primeiro que “Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Código) sem uma Lei anterior, que o qualifique” sendo este artigo, em outras palavras, o princípio da anterioridade da lei. Há também expressamente na lei, a possibilidade da privação de liberdade como pena.

O Título II do Código do Império apresenta as penas das quais estão sujeitos aqueles que cometeram algum delito, de plano vê-se que o legislador manteve a pena de morte como meio de repreensão ao delito (art. 38) além do trabalho forçado (art.44) entre outros.

Percebe-se que do aludido Código se fazem presentes diversas qualidades que o fizeram ser considerado revolucionador, visto que este desassocia-se do antigo sistema penal, onde as Ordenações traziam em sua essência um caráter medieval, recheada de injustiças e penas desumanas, porém, não logra êxito em libertar-se totalmente de pensamentos/ instrumentos de repressão já vivenciados.

Em 1890 é criado o Código Penal Republicano, resultado da necessidade de se adequar ao novo cenário, a saber, a abolição da escravidão e da Proclamação da República. Este, trouxe grandes inovações para o cenário brasileiro pois entre novidades, aboliu a pena de prisão perpétua estabelecendo a pena máxima de trinta anos (art. 44).

Logo foi objeto de inúmeras críticas, pela celeridade a qual fora criado, deixando lacunas, e diante deste contexto foram criadas inúmeras leis especiais que regulamentavam

sobre direito penal. A quantidade de leis era tamanha que, o Desembargador Vicente Piragibe, com o propósito de fragmentar todo o conteúdo e deixar menos complicada a compreensão, elaborou o “Código Penal Brasileiro, e completado com as leis modificadoras em vigor”. O trabalho realizado pelo Desembargador vigorou até a chegada do Código Penal de 1940 (TOLEDO, 1994)

Da grande rejeição que sofreu o Código Penal Republicano por ter nascido incompleto, numerosas foram as tentativas de reformá-lo, entretanto, somente com o advento do Estado Novo que o Presidente da República Getúlio Vargas encomendou a criação de uma nova legislação penal. O decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, se converteu no Código Penal carregando consigo uma boa técnica e simplicidade de leitura, promovendo merecidos elogios (ROIG, 2018).

O Código de 1940 se destacou pelo fato de ter surgido com concepções liberais dentro de um Estado ditatorial. Apresentou boa técnica e simplicidade de manuseio, sofreu aplausos e críticas, e adotou o duplo binário (acumulando pena e medida de segurança). Possui uma grande carga de repressividade, sendo tão destacada a pena privativa de liberdade que causa outros grandes problemas, sobretudo a falta de espaço nos presídios e um excedente de execuções impossíveis de se cumprirem (TOLEDO, 1994).

O Código Penal de 1940 recebeu influência marcante do Código italiano de 1930. Conservou os costumes liberais iniciada com o Código do Império, bastando mencionar que não adotou a pena de morte nem a prisão perpétua, que vigorava no modelo italiano. “Nascido embora sob o regime do Estado Nacional, o código não apresenta peculiaridades que lhe imprimam o cunho de uma lei contrária às nossas tradições liberais” (TOLEDO, 1944, p. 67).

Ainda que o Código de 1940 demonstre avanços em sua matéria é facilmente perceptível a natureza repressiva da pena, como já dito. O Código emerge de um período de intensos conflitos internacionais, as duas grandes guerras mundiais, dentro deste cenário o Brasil adotou a pena com a finalidade meramente intimidante. A exposição de motivos do referido Código (n. 5) aponta claramente o propósito da lei ao declarar que a pena é a “medida repressiva como resposta básica ao delito”.

Constata-se que com a vinda do regulamento penal houve a previsão de leis que no papel eram bem formuladas, porém a sua efetividade não seguia o mesmo traçado. A pena privativa de liberdade era regra, de modo que mesmo as medidas de segurança, tinham características da prisão. Os estabelecimentos penais eram em número escasso, não suportavam a população carcerária e não apresentavam requisitos mínimos para ressocialização do apenado, em outras palavras, a fase da execução penal transformava o penitenciado de maneira que as chances de nova delinquência eram iminentes.

Mais uma vez as circunstâncias levaram a criação de um novo plano que versasse sobre direito penal e que fosse capaz de abranger as necessidades do governo brasileiro.

O Ministro Ibrahim Abi-Ackel iniciou estudos para a reforma penal, que há muito era clamada. Com o desenvolvimento das pesquisas restou claro a necessidade de não apenas reformar o Código Penal, mas sim de compatibilizá-lo com o estatuto processual e com a execução penal. Diante desta perspectiva Francisco de Assis Toledo (1994, p. 102) leciona:

Foi assim que, em dezembro de 1980, após debates realizados no Instituto dos Advogados Brasileiros (julho de 1980) e no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (julho de 1980), definiu-se o quadro de uma ampla reforma do sistema criminal brasileiro, a ser empreendida em duas etapas, a saber: na primeira, seriam concluídos e devidamente encaminhados os Anteprojetos de Código Penal — Parte Geral, de Código de Processo Penal. Na segunda etapa, cuidar-se-ia do Código Penal — Parte Especial e da Lei das Contravenções Penais.

A Lei nº7.210, de 11-07-1984, conhecida como Lei de Execução Penal, surge como resposta ao desejo da sociedade e do Governo de aquedar-se ao meio ao qual pertenciam, pois, impossível era discordar de quão inócua era a legislação vigente. Conforme Toledo (1994, p. 69) a reforma penal, como em outras vezes, resultou de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. As perspectivas da sociedade contemporânea não são as mesmas daquela para a qual se editaram as leis penais até aqui vigentes, é coisa que não deixa margem a dúvidas.

A respeito da natureza jurídica da execução penal, doutrina e jurisprudência se divergem. Oliveira (2019, p. 3) ressalta que a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve paralelamente ao direito penal, e aos sistemas jurisdicional e administrativo, que tem como atores os Poderes Judiciário e Executivo, por meio de órgãos e estabelecimentos penais. A execução penal se materializa em processo judicial contraditório. É inegável sua exuberante natureza jurisdicional.

De acordo com Marcão (2019, p. 41) a Lei de Execução Penal no Brasil abrange não somente as questões relacionadas ao sistema penitenciário, mas sua aplicação estabelece medidas voltadas para a reabilitação do condenado. O próprio artigo 1º da Lei de Execução Penal versa que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A Lei de Execuções Penais, no plano teórico propicia a ressocialização, haja vista que esta é sua finalidade, possui diversas alternativas de reeducação, por meio de direitos, deveres, trabalho e estudo, evitando que o mesmo fique dentro do estabelecimento penal sem nada produzir.

A aplicação e interpretação das normas em matéria de execução penal são norteadas por princípios contidos na Constituição Federal, Código de Processo Penal, Código Penal, Lei de Execução Penal e nos Tratados e Convenções internacionais em matéria penal e de direitos humanos. Em uma visão penal-constitucional moderna, tais princípios não mais atuam como elementos meramente informadores, possuindo sim força normativa capaz de concretamente tutelar direitos fundamentais das pessoas condenadas.

4. A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E A PRECARIÉDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça a nova população carcerária brasileira é de 711.463 presos, levando em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Conforme dados anteriores do CNJ, que não incluíam as prisões domiciliares prisões domiciliares, em maio deste ano a população carcerária era de 563,526 (CNJ, 2020).

O sistema prisional brasileiro, naturalmente, é afetado por tais circunstâncias, pois, à medida que sua população carcerária aumenta, a situação existente de superlotação é consequentemente agravada, ou seja, o país já ocupa o terceiro lugar no ranking de maior número de presídios e população carcerária do mundo (LOPES; ROMAN, 2022).

Conforme Soares, et al. (2022, p. 12) relatam,

as prisões brasileiras são conhecidas por suas persistentes violações de direitos humanos: celas superlotadas, imundas e insalubres; sem garantia de produtos básicos de higiene ou alimentação adequada, falta de água potável e violência constante. E, nesses locais, mulheres, gestantes e minorias sexuais são especialmente afetados.

Essas violações vão desde a falta de recursos e investimentos nas instalações até a falta de dignidade do tratamento que os presos recebem da administração. Em resumo, o sistema prisional brasileiro apresenta um cenário de “estado de coisas inconstitucional”.

A expressão foi usada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro para descrever o sistema prisional brasileiro, na A expressão foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para descrever o sistema carcerário brasileiro, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em razão das graves violações de direitos humanos e fundamentais nas prisões brasileiras. direitos humanos e fundamentais nas prisões brasileiras (LOPES; ROMAN, 2022).

Mas há outros aspectos que precisam de atenção quando se trata da proteção dos direitos nas prisões. O problema da prisão no Brasil reflete outros problemas estruturais da sociedade brasileira, como a grande desigualdade social e o racismo sistêmico. Com a insuficiência de medidas de combate à pobreza e à distribuição de renda, as políticas criminais brasileiras acabam promovendo a intervenção penal em vez de políticas assistenciais que garantam em vez de políticas assistenciais que garantam os direitos humanos sociais básicos (RIBEIRO, 2021).

O Brasil também é lembrado por ter sido o último país a abolir a escravidão de negros, no final do século XIX, sem dar qualquer apoio ou direitos básicos aos recém-libertos e pessoas livres. Esse atraso na liberdade e na dignidade dos negros ainda desempenha um papel importante na forma como o sistema judiciário funciona e como os negros têm maior probabilidade de não ter acesso a uma boa defesa legal, de serem mal julgados e de irem para a prisão (MACHADO; GUIMARÃES, 2014).

Sendo assim, os pobres e não-brancos (negros e indígenas) são os mais afetados pelo sistema carcerário brasileiro disfuncional, situação justificada principalmente pela guerra às drogas, as políticas criminais do Brasil promovem sistematicamente o encarceramento em massa e a violência urbana, uma vez que o Estado brasileiro não tem sido totalmente bem-sucedido no combate ao crime organizado, composto por muitos grupos de gangues (facções), que ainda lutam entre si pelo controle do mercado ilegal e de drogas.

Conforme Pereira, Peres e Sousa (2022), o papel do Estado é atuar na proteção dos direitos humanos nas prisões. Mas antes, à luz dos poderes concedidos pela Constituição, é importante identificar quais órgãos e instituições têm o dever de fiscalizar, prevenir violações ou proteger os direitos humanos garantidos aos detentos.

Dentro da estrutura da Unidade Federativa Brasileira, os poderes Executivo e Legislativo seguem a ordem da União Federal: há um governo (uma administração separada) e uma Casa Legislativa para cada entidade. O Judiciário é uma instituição única, embora tenha jurisdições separadas e vários tipos diferentes de tribunais, com base no local, na matéria ou na parte do caso. Sendo assim, todos eles podem aprovar legislação sobre direito penitenciário, embora a União crie regras gerais e os Estados e o Distrito Federal criem regras que atendam às suas necessidades regionais (MACHADO; GUIMARÃES, 2014).

Nesse contexto, entende-se que o Estado tem o controle sobre a prisão dentro de sua jurisdição. Assim, em linhas gerais, o Brasil possui presídios federais e estaduais (embora os estaduais sejam a maioria), sendo que cada Estado Federado, o Distrito Federal

ou a União Federal é responsável pelo financiamento de suas próprias instalações, de acordo com sua jurisdição (BERNARDO, et al. 2021).

Mesmo o Legislativo e o Executivo sendo os poderes que detêm o controle sobre as prisões (e isso inclui a jurisdição financeira e administrativa), o Judiciário também é diretamente responsável pelo que acontece nas prisões. Em outras palavras, todos os poderes são responsáveis pela implementação dos comandos, direitos e liberdades conferidos pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas jurídicas internacionais às quais o Brasil está vinculado (PRADO, 2017).

A disputa entre as facções do crime organizado oponentes torna a vida dos detentos especialmente insegura, levando-os a estabelecer vínculos com uma gangue para obter proteção e atender às suas necessidades básicas. Essas facções geralmente oferecem apoio financeiro e suprimentos aos presos, às vezes até para suas famílias, em troca de sua lealdade e respeito (NÚÑEZ NOVO, 2017). De acordo com Soares, et al. (2022), uma vez feita a aliança, é difícil romper o vínculo com uma organização criminosa específica.

No ordenamento jurídico nacional, também em âmbito internacional, há um sólido conjunto de normas que garantem direitos e liberdades aos presos, como a Constituição Federal de 1988; a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) e outros tratados e convenções de direitos humanos e liberdades.

Mesmo assim, o desempenho da competência típica do Legislativo é, por vezes, insatisfatório e enfrenta desafios internos. Isso ocorre porque o trabalho das Casas Legislativas reflete as divisões que já existem na sociedade, dificultando o consenso em torno de medidas ativas para proteger os direitos e as liberdades dos detentos.

Já Rodrigues, et al. (2020) explicam que os impostos e a distribuição de riqueza no Estado brasileiro são parte importante da manutenção das instalações. Muitos dos Estados Federados (que controlam a maioria das prisões) têm grande dívida pública e não conseguem financiar investimentos básicos em infraestrutura e dependem da ajuda federal para manter suas prisões funcionando.

Além disso, outro fato a ser considerado é a impopularidade de medidas fortes e investimentos em presídios, que dependem do consentimento e da aprovação da respectiva Casa Legislativa, porque é o legislativo que tem a jurisdição sobre o orçamento público e, em termos gerais, planeja como os recursos públicos serão ou não serão gastos (RIBEIRO, 2021).

Nota-se que, embora a Constituição brasileira conceda a divisão de poderes entre os entes federados, em termos práticos, a União tem mais poderes e orçamento do que os Estados Federados e suas decisões têm uma importância especial nas realidades regionais.

Em outras palavras, pelo fato de o Governo Federal ter a maior parte dos recursos e os Estados muitas vezes não têm recursos, há uma dependência dos Estados em relação à União Federal (PEREIRA; PERES; SOUSA, 2022).

Para Lopes e Roman (2022), os órgãos brasileiros incorrerão em inconstitucionalidade se permitirem, por ação ou inação, violações de direitos e liberdades nas prisões. e liberdades nas prisões. Assim, essa violência e o conflito entre o Estado, sua polícia e as organizações criminosas contribuem para as violações de direitos humanos nas prisões.

A atuação do Estado, segundo Montezuma (2020), apresenta sinais de ineficiência e ineficácia. O alto custo per capita para a manutenção de presos em tal sistema, soma-se à baixa segurança e dignidade da pessoa humana, devido à má administração realizada pelo Governo, tem como resultado baixa taxa de ressocialização e maior retorno para a criminalidade.

Para Messias e Moraes (2019), a privatização do sistema penitenciário pode revelar-se uma solução para a ineficiência do Estado, pois a iniciativa privada poderia, através do investimento em novas tecnologias, reduzir os custos de pessoal e implementar trabalho e estudo em todos os presídios, para os presos, a remissão da pena através da alfabetização, educação técnica e o exercício do trabalho humano decente, para cumprir, também, um dos fundamentos da ordem econômica brasileira.

É nesse contexto que pode se ver a possibilidade de medidas que levem ao processo de elevação da dignidade humana, que transcende a sua etimologia. Muitos que estão cumprindo pena, não acreditam que possam modificar seu futuro destino, ao contrário, possuem ideia fixa de voltar ao seu grupo social de origem: o da criminalidade.

E devido às violações de direitos humanos nas prisões, e até certo ponto, à falta de controle nas instalações prisionais pela administração da prisão, as prisões brasileiras são, em geral, influenciadas pelo crime organizado e, em alguns contextos, a administração da prisão tem pouco controle sobre as instalações, demonstrando que o Estado em muitos casos (como os ocorridos em rebeliões e mortes dentro dos presídios) tem perdido o controle (CARVALHO; SANTOS, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual realidade do sistema prisional brasileiro é um tema que envolve diversos aspectos que preocupam tanto a sociedade como o Estado e entes detentores da função de cuidar da população presa e apenada. Com um cenário é de superlotação, doenças, abusos físicos e mentais, rebeliões, fugas e mortes, ficou demonstrando que o Estado tem

sido negligente em sua atuação, prejudicando a gestão das prisões, assim como não apresentando soluções viáveis que alterem essa realidade.

Ficou evidente que a atual situação da execução penal se mostra preocupante, haja visto que as finalidades propostas pelas leis penais não vêm sendo integralmente cumpridas. Não é novidade que a superlotação dos presídios está gerando consequências cruéis. Os inúmeros problemas vivenciados geram dois sentimentos, impunidade e injustiça. Impunidade ao passo que há o relaxamento na pena e injustiça para aqueles que sobrevivem em condições mínimas de reabilitação, expostos a todos os tipos de atrocidades.

Destaca-se que o tema é de suma importância, no entanto, são necessários pesquisas mais aprofundadas que contribuam para encontrar soluções no âmbito da estrutura carcerária, preenchendo uma lacuna que ajude à interpretação e aplicação da legislação, com foco nos direitos humanos e direitos fundamentais.

Portanto, quando o Estado não oferece soluções eficazes para os problemas da crise prisional, acabam desempenhando um papel de exclusão social, de violação dos direitos humanos. Mesmo garantindo a custódia do prisioneiro, o sistema carcerário de mostra incapaz e limitado, assim, os presos vivem em uma degradação em um sistema que requer, urgentemente, novas soluções.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, K. F. et al. A crise nas prisões brasileiras: colocar a educação prisional no contexto. **Investigação, Sociedade e Desenvolvimento**, [S. l.], v. 10, n. 3, p. e11410313014, 2021.

BRASIL. Lei Execução Penal. **Lei Nº 10.792**, de 2003. Brasília: Distrito Federal, 2003.

CARVALHO, William Michael Marques. SANTOS, Anne Carolline Souza Silva. A não tortura como um direito fundamental absoluto. **Revista Opara – Ciências Contemporâneas Aplicadas**, FACAPE, Petrolina, v. 6, n. 1, p. 19-31, jan./dez., 2016.

CNJ. **Sistema Carcerário e Execução Penal**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/>>. Acesso em: 08 mai. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **Importância histórica da declaração universal dos direitos humanos**. 2013. Disponível em: <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/comparato.html>. Acesso em: 10 abr. 2023.

LOPES, Guilherme Aresi Madruga. ROMAN, Juliana. A Violação dos Direitos Humanos nas Prisões Brasileiras e o Papel do Superior Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 2, e54211222420, 2022.

MACHADO, Nicaela Olímpia. GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MESSIAS, Ewerton Ricardo. MORAES, Gabriella Argenta Gomes. A privatização dos presídios e a crise do sistema prisional. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 147, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 13 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2017

MONTEZUMA, Priscilla Pereira. **Aplicação da Lei de Execução Penal: a população carcerária e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 52 p. UNICEPLAC, Curso de Direito, Gama-DF, 2020.

NÚÑEZ NOVO, Benigno. **A realidade do sistema prisional brasileiro**. Direito Net. 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10325/A-realidade-do-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 09 abr. 2023.

OLIVEIRA, Claudia Rafaela. A origem e efetividade da execução penal no Brasil. **Revista Jus**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63684>. Acesso em: 08 abr. 2023.

PEREIRA, T.V. da C. PERES, R.E. SOUSA, K. D. de. A crise no sistema prisional brasileiro. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 557-565, 2022.

PRADO, Rodrigo. Considerações gerais sobre a progressão de regime prisional. **Canal Ciências Criminais**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/progressao-de-regime/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

RIBEIRO, Gleidy Braga. Ativismo judiciário frente à gestão híbrida do sistema penitenciário. **Law Review**. Vol. I, nº I, 2021.

RODRIGUES, Felipe da Silva et al. Violação de direitos humanos no sistema penitenciário. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, [S.l.], v. 23, n. 47, p. 65-95, abr. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4º. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOARES, Bruno da Silva Nascimento, et al. Uma revisão bibliográfica que mostra a realidade dos apenados nos presídios brasileiros e seus direitos. **Revista Ibero - Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v. 8, n. 02, fev. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209 de 1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5º Ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

HATE SPEECH – OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DISCURSOS DE ÓDIO

MARCOS BRUNO OLIVEIRA DA SILVA:

Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia-FARO³⁴

RESUMO: O direito à liberdade de expressão, descrito na Constituição Federal de 1988, garantido a todos os brasileiros e aqueles que no Brasil residem, sendo vedado o anonimato, conduz muitos cidadãos a usarem ou abusarem desse direito para, por vezes, injuriarem ou tecer ofensas a povos, etnias, ou seja, extrapolar um direito garantido constitucionalmente, ultrapassando a liberdade de expressão e realizando um discurso de incitamento ao ódio. Comportamento este abolido pelo judiciário brasileiro. O presente trabalho busca se debruçar sobre os limites que tais discursos encontram na própria carta constitucional.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão. Direito fundamental. Limites. Discurso de ódio.

ABSTRACT: The right to freedom of expression, described in the Federal Constitution of 1988, guaranteed to all Brazilians and those who reside in Brazil, with anonymity being prohibited, leads many citizens to use or abuse this right to, sometimes, insult or weave offenses against peoples, ethnic groups, that is, extrapolating a constitutionally guaranteed right, going beyond freedom of expression and carrying out a speech of incitement to hate. This behavior is abolished by the Brazilian judiciary. The present work seeks to address the limits that such discourses find in the constitutional charter itself.

Keywords: Freedom of expression. Fundamental right. Limits. Hate speech.

1. INTRODUÇÃO

Em que pese o rol descrito de direitos garantidos no art. 5º Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão vem como garantia para que as pessoas possam manifestar de forma livre seus pensamentos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Mais do que um direito escrito na Constituição Federal, a liberdade de expressão é um objetivo do Estado, em sua constante busca por uma sociedade ideal. Contudo, como

34 E-mail: Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia-FARO

explanado, essas liberdades no meio social é seguida de limites, devendo conciliar-se com os demais direitos fundamentais, detentores de importância tão grande quanto a delas.

O que será apresentado neste trabalho é que a liberdade de expressão é direito indispensável ao Estado, bem como a toda a sociedade. A informação faz-se necessária e a censura só impede o seu crescimento. Impedir ou limitar de forma demasiada a expressão seria uma medida drástica e injustificável; é caminhar na contramão de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, essa liberdade de expressão não pode ser justificativa para a ação inconsequente nos discursos de incitamento ao ódio, que seria a liberdade de expressão voltada para a incitação à discriminação racial ou contra um determinado grupo religioso, étnico, social ou cultural.

No caso aqui debatido, iremos contrapor os limites à liberdade de expressão e nos discursos de incitamento ao ódio. É certo que estamos diante de um impasse envolvendo tanto os atores desse conflito – órgãos de imprensa e noticiados – como doutrinadores da Ciência Jurídica, os quais se posicionam de formas diversas, demonstrando o quão rico e difícil conclusão é o presente debate.

2. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em nossa sociedade, denominada como contemporânea, os meios de comunicação de massa, na qual são definidos por Barbosa e Rabaça aqueles dirigidos a um grande público, na qual são de alguma forma, numerosos, anônimos e heterogêneos, realizados por intermediários técnicos, geralmente agentes econômicos, a partir de uma organizada fonte emissora".

O meio de comunicação, existente das diversas formas, exerce um papel fundamental e, de suma importância na divulgação do conhecimento, informação, realizando o papel de formador de opinião. Levando ao conhecimento de todos fatos e acontecimento que, talvez, jamais seriam alcançados por uma boa parte da população.

Consciente da relevância que os meios de comunicação exercem sobre toda a sociedade em seus diversos níveis, o constituinte brasileiro deixou expresso no texto de nossa Carta Magna, nos arts. 5º, IV, VIII, IX e 220 A 224, os princípios a serem seguidos, sendo sua observância fundamental para o exercício da liberdade de expressão, principalmente nos diversos setores de comunicação social em nossa República Federativa.

Apesar do esforço do constituinte em deixar esse direito expresso sem que possam haver dúvidas por parte de todos aqueles que o exercem de forma direta, ainda, existem diversas e intensas controversas sobre esse direito e os limites do seu exercício. Tais

divergências impedem a aprovação pelo Congresso Nacional de leis que estabeleçam um novo caminho a ser seguido, por todos os utilizadores desse direito, sobretudo nos setores de comunicação.

Apesar do evidente desacerto da atual Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta os meios de comunicação, a ulterior aprovação de uma nova lei não será tarefa das mais simples.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130, declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) pela Constituição, por entender ser esta incompatível com a atual Constituição Federal de 1988. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Menezes Direito, e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 130. Os ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes se manifestaram pela procedência parcial da ação e o ministro Marco Aurélio, em seu pronunciamento, julgou pela total improcedência.

Ajuizado pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista), o julgamento do processo em desfavor da norma respectiva, iniciou-se em 1º-04-2009, na qual fora dada oportunidade ao ministro relator Carlos Ayres Britto, na qual se pronunciou pela total revogação da referida Lei (5.250/1967).

Na oportunidade, o ministro relator firmou entendimento na qual a Lei de Imprensa não poderia permanecer vigente no ordenamento jurídico brasileiro, pois considerou tal norma incompatível com os valores e princípios abrigados na Constituição Federal de 1988.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, o texto da Lei, além de se encontrar em desarmonia com os princípios democráticos e republicanos presentes na Constituição Federal, é supérfluo, não fazendo-se necessário sua inserção em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a matéria discutida encontra-se regulamentada na própria Carta Magna. Para o ministro, diversos dispositivos presentes no texto constitucional deixam garantidos o direito à manifestação de pensamento, direitos estes de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Oportuno compulsar o ocorrido em agosto de 2004, na qual os anteprojeto elaborados, objetivando a criação da Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual (Ancinav) e o Conselho Federal de Jornalismo, receberam intensas críticas dos principais e diversos meios de comunicação.

Sem haver a necessidade de adentrar nos motivos específicos das propostas encaminhadas pelo governo federal, na qual fora, à época sobremaneira divulgada pela mídia brasileira era a existência de absoluta incompatibilidade entre a regulação dos meios de comunicação e a liberdade de expressão.

Em boa parte dos países da Europa, entretanto, que possuem forte compromisso com as liberdades públicas, e mesmo nos Estados Unidos, onde a liberdade de expressão é o mais protegido direito fundamental do sistema jurídico, existem órgãos externos ao setor de comunicação social com a função de regular a atividade das empresas.

Assim, pode-se entender que o Estado como um todo pode trabalhar de forma a conservar as diversas maneiras de ideias, em todos os meios de comunicação, sem menosprezar a liberdade de expressão.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DO ÓDIO

Conforme aduzido, a Constituição Federal protege o indivíduo quando este manifesta seu pensamento, livre de qualquer censura, sendo vedado o anonimato.

Toda pessoa é livre para expressar seu pensamento, ideia, opinião, convicções a respeito de inúmeros assuntos discutidos na sociedade, juízos de valor sobre o comportamento humano, sendo vedado constitucionalmente a proibição a esses comportamentos.

Tais pensamentos expressos poderão vir preenchidos por mensagens pacíficas e de concordância geral, como também, de pensamentos divergentes, ideias controversas, agressivas, violentas, gerando diversos embates entre os cidadãos.

Contudo, se ao expressar esse direito constitucional, o indivíduo emitir juízos de valor injuriosos de outrem, poderá vir a responder penalmente por crime de difamação ou injúria, conforme o nível da ofensa dirigida ao outro indivíduo, ferindo sobremaneira sua reputação. Tal proteção aos excessos visam resguardar princípio basilar de todo Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, fundamental para restrições à liberdade de expressão.

Deveras comuns são as situações onde determinados grupos, sejam eles étnicos, religiosos, entre outros, são atingidos pela ira de alguns indivíduos, com expressões difamatórias, injuriosas ou agressivas, com a ínfima intenção de ferir o status destes no corpo da sociedade. Não podemos desconsiderar, que a afetação a esse determinado grupo, afeta diretamente a todos os seus participantes de forma direta, interferindo no seu convívio social, familiar, profissional, ocasionando inúmeros danos, sejam financeiro, psicológicos ou de relacionamento, entre outros.

Tais manifestações dirigidas a determinados grupos, expressando mensagens racistas, homofóbicas, xenófobas ou misógenas, objetivando discriminar e atingir de forma negativa os indivíduos componentes de determinados grupos, podemos chamar de "discurso do ódio" (*hate speech*).

Palavra de denominação inglesa, *hate speech* é entendida integralmente como "discurso do ódio". Tal discurso, entendido como aquele de incitamento ao ódio, pode ser verificado em diversas situações e comportamento humano, como acima aduzido.

O discurso do ódio tem sua origem pela evidente limitação da liberdade de expressão, pelo fato de não ser esta absoluta, pois a observância do direito do outro é fundamental à segurança jurídica de um país, visto que esta é garantida a todos os indivíduos.

Conforme relatado, o discurso de ódio pode ser entendido como aquele em que o emissor do discurso, texto, ou qualquer outro meio de comunicação utilizado, coloca-se em posição de superioridade ao seu possível "inferior (atingido)". Posição esta inexistente, visto que a própria Constituição Federal garante a igualdade a todos os indivíduos. Tal discurso é composto de dois elementos: discriminação e externalidade.

De um lado, a discriminação vem a ser o desprezo, um sentimento de repulsa com o outro, sentimentos que são voltados àqueles que de certa forma possuem características diferenciadas no seio de um determinado grupo. Tais pessoas são vistas como inferiores por aqueles que emitem suas opiniões discriminatórias.

Não pode-se definir com precisão um conceito sobre quais as características existentes nas pessoas que as tornam diferentes, a ponto de serem vítimas de diversos tipos de discriminação. A dificuldade está nas particularidades encontradas em cada indivíduo, seja a altura, humor, personalidade, diferenças fundamentais para o seu reconhecimento no seio da sociedade.

As consequências dessa discriminação são incalculáveis, pois atingem, principalmente, àqueles com maior dificuldade de defesa, afetando sobremaneira seu convívio e desenvolvimento em sociedade. O emissor do discurso discriminatório não calcula o prejuízo às vítimas do seu comportamento.

De outro lado, para que esse discurso venha a atingir outro indivíduo é necessária sua externalidade. A não externalidade desse discurso tona-se apenas pensamento, não podendo sofrer qualquer tipo de sanção, ou seja, qualquer intervenção do judiciário, pois não se pode punir a liberdade de pensamento, em razão de não ocasionar qualquer tipo

de dano a outros indivíduos. Para que o discurso do ódio seja realmente materializado é necessário que este saia do campo abstrato (pensamento) para o concreto (plano fático).

As consequências negativas do discurso do ódio iniciam-se quando este passa do plano abstrato para o concreto. A partir deste momento o discurso está pronto para produzir seus nocivos efeitos, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana, do ponto de vista jurídico, pode ser entendida como aquela utilizada como limites à ação humana, protegendo o indivíduo contra atos de dimensão negativa, atos humilhantes, promovendo, como garantia, uma vida harmônica e saudável a todos.

Ao dirigir um discurso de ódio a uma pessoa, o locutor atinge a honra subjetiva do indivíduo, não obedecendo ao respeito que cada ser humano deve ter com o outro. Contudo, o discurso do ódio vai muito além de apenas ofender um indivíduo, atacando a dignidade de todo um grupo social. Assim, ainda que determinados indivíduos não tenham sido aqueles diretamente atingidos com os insultos, mas compartilham da característica ensejadora da discriminação, ao entrarem em contato com o discurso odioso, compartilham a situação de violação.

Embora muitos adotem a corrente de defesa voltada a não limitação do exercício da liberdade de expressão, posicionamento divergente do aqui adotado, entendemos que, ainda que seja um direito fundamental, pode sim vir a sofrer limitação. Sua limitação é possível quando se coloca de forma valorativa, diante de uma colisão de direitos que eventualmente possam ocorrer.

Não podemos admitir num Estado Democrático de Direito a invocação do direito à liberdade de expressão para justificar as atitudes, consideradas moralmente violentas e ofensivas a todo ser humano. Em contrapartida, a limitação ao exercício desse direito não podem levar à censura, também vedado constitucionalmente. O que se pretende ao limitar a liberdade de expressão, e até mesmo punir, quando excessiva, é *prima facie*, preservar a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do direito brasileiro.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso Siegfried Ellwanger – HC 82424/RS, já arrostou a temática. O STF expressou-se de forma clara quando alegou as limitações do exercício da liberdade de expressão:

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

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Os indivíduos que realizam tal comportamento com o único objetivo de ofender, menosprezar, discriminar, ferem sobremaneira o princípio básico da dignidade da pessoa humana, na qual se deve presidir todos os direitos fundamentais expressos na Constituição. Ao adotarem tais comportamentos os indivíduos que o praticaram não poderão pretender a tutela constitucional, pois, conforme aduzido, o exercício dos direitos fundamentais devem ser pautados na dignidade da pessoa humana.

As limitações a esse direito, embora subjetivos, são definidos em situações de conflitos, através de uma adequada interpretação dos limites da liberdade de expressão com outros bens e valores constitucionalmente protegidos.

Ao exercer tal direito o indivíduo deverá sempre observar se sua manifestação de pensamento não ofende o princípio fundamental e basilar de todo Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, é legítimo e constitucional a limitação ao direito da liberdade de expressão sempre que o seu exercício seja utilizado para a propagação e difusão de discursos com conteúdo exclusivamente discriminatório, incitando o ódio contra determinados grupos sociais.

Conforme o exposto, o exercício da liberdade deverá ser limitado, pois o seu excesso, nos casos de discursos de incitamento ao ódio, quando o único objetivo é a humilhação e a ofensa, fere de forma preponderante a dignidade da pessoa humana e a ordem pública.

Excetuando-se essas situações, e embora as opiniões e expressões de pensamento possam ser consideradas abomináveis e politicamente incorreta pela maioria daqueles que tomam conhecimento das informações, deverá prevalecer a liberdade de expressão.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tem-se que o caminho adotado pela doutrina e jurisprudência brasileira é o acertado, restringindo a liberdade de expressão quando esta ultrapassa os seus limites, objetivando, dessa forma, o combate ao preconceito e à intolerância contra minorias estigmatizadas.

As limitações adotadas estão em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais modernas, a exceção dos Estados Unidos, que representam uma exceção.

A liberdade de expressão não pode ser justificativa para a ação inconsequente nos discursos de incitamento ao ódio, que seria a liberdade de expressão voltada para a incitação à discriminação racial ou contra um determinado grupo religioso, étnico, social ou cultural. Todavia, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não está enraizada, há que se ter equilíbrio e cautela na fixação de tais limites, para que com o objetivo de defender direitos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo. Ed. Método, 2011.

Cf. BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. **Dicionário de Comunicação**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%2ENU%2E+OU+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc36.htm.

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constfed.nsf/16adba33b2e5149e032568f60071600f/867c0b7d461bdcb50325656200704c11?OpenDocument>.

<http://jus.com.br/revista/texto/22828/o-procedimento-para-outorga-do-servico-de-radiodifusao-comunitaria>.

<http://jus.com.br/revista/texto/22765/aplicacao-do-art-222-da-crfb-88-aos-sitios-e-portais-da-internet-jornalismo>.



<http://www.soleis.adv.br/empresajornalisticacapitalestrangeiro.htm>.

http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_222_shtm.

A EXPANSÃO DO TELETRABALHO EM UMA SOCIEDADE PÓSPANDEMIA

ROBERTA FARINAZZI BORTOLLOTTO:

Discente do Curso de Direito da
Universidade Brasil - UB/ campus
Fernandópolis- SP³⁵

RODRIGO FRESCHI BERTOLO³⁶

(orientador)

Resumo: O teletrabalho surge com a evolução da tecnologia e os meios telemáticos são a base dessa modalidade laboral. Com ele existe uma proposta de melhorias para empregados, empregadores e a economia. A globalização influenciou com as evoluções ocorridas através dos tempos. Portanto, o objetivo da pesquisa é descrever através revisão da literatura sobre a relação e a expansão do teletrabalho em uma sociedade pós pandêmica. Foi concretizada uma triagem de artigos científicos recuperados a partir das bases de dados: Lilacs, MEDLINE, BVS e Scielo, além de monografias que atenderam aos requisitos do tema abordado, apresentando informações confiáveis e publicados em bases de dados. Como resultado, estudos apontam que em decorrência da pandemia do COVID-19, o teletrabalho se tornou a solução, a fim de se evitar a propagação do vírus, e a tendência é que esta modalidade de trabalho remoto cresça cada vez mais no país, mesmo após a pandemia. Conclui-se que o teletrabalho só tem vantagens: uma maior conciliação entre a vida profissional e familiar, redução das despesas empresariais e, inclusive, aumento da produtividade.

Palavras-chave: Teletrabalho. Globalização. Pandemia.

The expansion of telework in a post-pandemic society.

Abstract: Telework arises with the evolution of technology and telematic means are the basis of this work modality. With it there is a proposal for improvements for employees, employers and the economy. Globalization influenced with the evolutions that have occurred through the ages. Therefore, the aim of the research is to describe through a review of the literature on the relationship and the exposé of telework in a post pandemic society. A screening of scientific articles retrieved from the databases: Lilacs, MEDLINE, VHL and Scielo was carried out, in addition to monographs that met the requirements of

35 E-mail: robertabortolotto.rb@gmail.com

36 Mestre do Curso de Direito da Universidade Brasil - UB/ campus Fernandópolis- SP

Universidade Brasil – Campus Fernandópolis, estrada projetada F1, s/n, Fazenda Santa Rita, Fernandópolis – SP, CEP 15600-000. Email: legis.educ@universidadebrasil.edu.br

the theme addressed, presenting reliable information published in databases. As a result they point out that as a result of the COVID-19 pandemic, telework has become the solution in order to prevent the spread of the virus, and the trend is that this modality of remote work will grow more and more in the country, even after the pandemic. It is concluded that home office work only has advantages: a greater reconciliation between work and family life, reduction of business expenses and even increased productivity.

Keywords: Telework. Globalization. Pandemic.

La expansión del teletrabajo en una sociedad postpandemia

Resumen: El teletrabajo surge con la evolución de la tecnología y los medios telemáticos son la base de esta modalidad de trabajo. Con ella hay una propuesta de mejoras para empleados, empresarios y la economía. La globalización influyó con las evoluciones que han ocurrido a través de los siglos. Por lo tanto, el objetivo de la investigación es describir a través de una revisión de la literatura sobre la relación y la exposición del teletrabajo en una sociedad postpandemia. Se realizó un cribado de artículos científicos recuperados de las bases de datos: Lilacs, MEDLINE, BVS y Scielo, además de monografías que cumplieron con los requisitos del tema abordado, presentando información confiable publicada en bases de datos. Como resultado, señalan que a raíz de la pandemia del COVID-19, el teletrabajo se ha convertido en la solución para evitar la propagación del virus, y la tendencia es que esta modalidad de teletrabajo crezca cada vez más en el país, incluso después de la pandemia. Se concluye que el trabajo en casa solo tiene ventajas: una mayor conciliación entre la vida laboral y familiar, reducción de los gastos empresariales e incluso aumento de la productividad.

Palabras clave: Teletrabajo. Globalización. Pandemia.

INTRODUÇÃO

O aparecimento de um novo vírus com alto potencial de contágio e elevado índice de morte a população, conhecido como Covid-19, trouxe inúmeras consequências à sociedade como um todo e ao mundo do trabalho. Para muitas empresas e trabalhadores, os impactos do novo coronavírus praticamente inviabilizaram suas atividades econômicas, e para outras, porém, as ferramentas digitais evitaram falências e demissões, permitindo algum nível de continuidade (MADEIRA, 2020).

A sociedade veio se modificando gradativamente desde os anos de 2019 e 2020, onde ficaram marcados pela severa retração da economia e profundas mudanças no estilo de vida e relações de trabalho em todo o mundo. Com o novo coronavírus (COVID-19), os governantes passaram a adotar medidas administrativas para estimular a economia local,

inclusive incentivando relações de trabalho a distância como uma alternativa para a preservação de empregos e mitigação dos impactos econômicos (STURMER e FINCATO,2020).

Segundo Berg et al. (2020) muitos países adotaram o teletrabalho para a operacionalização e não interrupção de serviços públicos em meio à pandemia, determinando a criação, revisão e implementação de leis e requisitos para a regulamentação dessa atividade.

Assim,

Teletrabalho, ou home office, ou trabalho a distância, possui diversas variantes relacionadas ao local e condições para a execução do trabalho, mas, de uma maneira geral, permite liberdade geográfica para a aquisição de talentos ou para a mobilidade dos funcionários até locais estratégicos de negócios e também na diminuição dos custos relacionados aos postos de trabalho e estruturas físicas das empresas. Do ponto de vista humano e de qualidade de vida, o teletrabalho permite o aproveitamento do tempo, que antes era dispendido no deslocamento até o local de trabalho, a possibilidade de estar em contato com os familiares ao longo do dia, a administração do horário e duração do trabalho, dentre outras vantagens. (CABRERA,2019, p. 134).

De acordo com Estrada (2020) define o teletrabalho como a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Assim, operações externas, como as de vendedor, motorista, ajudante de viagem e outros que não têm um local fixo de trabalho não são consideradas teletrabalho.

Com a maior produtividade e a redução de custos e a qualidade na execução do trabalho, essas novas técnicas laborais tem sido adotada cada vez mais como solução pelos empregadores. Tal modalidade de trabalho, diante da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que introduziu um novo capítulo na CLT dedicado especialmente ao teletrabalho que se encontra no Capítulo II-A, do Teletrabalho, juntamente com os artigos 75-A a 75- e que diz:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência) (BRASIL, 2017).

Embora o teletrabalho seja realizado remotamente, não há diferenças significativas em relação à proteção e aos direitos garantidos por lei ao trabalhador. Os direitos são os mesmos de um trabalhador normal. Ou seja, vai ter direito a carteira assinada, férias, 13º salário e depósitos de FGTS.

Mas, **apesar de o teletrabalho e o home office serem exercidos em casa, eles não são a mesma coisa.** E isso causa uma série de confusões seja na hora de fazer a divulgação de novas vagas ou fazer solicitações às empresas contratantes. **A grande diferença entre o teletrabalho e o home office é que o segundo não é mencionado pela legislação,** a lei não muda absolutamente nada em relação ao trabalho presencial, **e, uma das obrigações da empresa é fornecer o mesmo ambiente de trabalho que existe dentro da empresa.** (MADEIRA, 2020).

O teletrabalho, por sua vez, precisa ser devidamente registrado em contrato, estabelecendo as responsabilidades do colaborador para com a empresa, e, essa modalidade também não comporta o controle de jornada, sendo uma relação controlada pelos entregáveis que o funcionário deve realizar.

É nesse contexto que o teletrabalho e home office passa a ganhar destaque como ferramenta de trabalho capaz de manter (ou até aumentar) a produção de determinada empresa e os empregos de seus trabalhadores (JONES, 2020). Como será tratado neste artigo, embora a legislação brasileira já contemplasse o teletrabalho desde 2017, essa modalidade de trabalho ganhou impulso inédito por conta da pandemia do Covid-19.

No Brasil, de acordo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2014), desde o início da pandemia, 8,7 milhões de brasileiros empregados desempenham sua atividade profissional de forma remota, onde, cerca de 35% da população ocupada no país incluídos no teletrabalho (ESTRADA, 2020).

Sendo assim, o entender a noção de teletrabalho, bem como suas modalidades é essencial para traçar competências a curto e longo prazo, pois, as prioridades antes da

crise, não necessariamente serão as mesmas pós-pandemia do COVID-19. (MADEIRA, 2020).

Portanto, o objetivo da pesquisa é descrever através revisão da literatura sobre o teletrabalho para que seja uma alternativa viável e permanente em uma sociedade pós pandêmica.

MATERIAL E MÉTODO

Esta breve revisão bibliográfica realizou uma triagem de artigos científicos recuperados a partir das bases de dados: Lilacs, MEDLINE, BVS e Scielo, além de monografias que atenderam aos requisitos do tema abordado, apresentando informações confiáveis aplicando os seguintes descritores de busca em português: Teletrabalho, Globalização, Pandemia.

Como critério de inclusão foram considerados aqueles que continham os dois temas associados. Foram utilizados artigos de revisão de literatura, revisão sistemática, estudos clínicos randomizados, bem como capítulo de livros pertinentes aos dois temas publicados no período de 2012 a 2021.

RESULTADOS

Sendo originado na cidade de Wuhan (China) e conhecido como Covid-19, esse vírus veio e trouxe inúmeros impactos à sociedade como um todo e ao mundo do trabalho, pois o mesmo tem alta grandeza de contágio e elevado índice de letalidade (MATTEI; HEINEN, 2020).

Explica Martins (2020) que nos anos de 2019 e 2020 fomos pegos de surpresa por essa uma doença infecciosa transmitida através do vírus SARS-CoV-2, doença respiratória, que se assemelha bastante a uma gripe comum, se espalha rapidamente através do contato pessoal, espirro, tosse e superfícies e tem como principais sintomas dor de cabeça, febre, tosse e falta de ar.

No dia 11 de Março de 2020, após a descoberta e da rápida transmissão do vírus, o Comitê de Vigilância Internacional para as doenças transmissíveis da Organização Mundial da Saúde declarou pandemia. (MIESSA; CORREIA, 2018)

Com isso, um grande esforço mundial passou a ser desenvolvido, buscando maior conhecimento clínico da patologia, mais rápidos e precisos métodos de diagnóstico e, sobretudo, de um tratamento farmacológico e imunoprevenção.

Sem vacina efetiva para o COVID-19 e os tratamentos firmados em atuar em cima dos sintomas após suas aparições, o que foi sugerido como prevenção, foram medidas tomadas em outras pandemias, que, de acordo com (MIESSA; CORREIA, 2018, p.236):

As medidas destinam em não deixar a propagação da doença, breçar a transmissão do vírus por meio da restrição do contato interpessoal. Entre as condutas tomadas pela OMS foram a quarentena, o isolamento e a contenção social, onde gerou discussões éticas e legais e acarretaram desequilíbrio na economia e na sociedade em geral. (MIESSA; CORREIA, 2018, p.236)

Os resultados já mostram que a intervenção combinada com quarentena, fechamento de escolas e de locais de trabalho e distanciamento social, foi uma alternativa eficaz (LEWARD; LO, 2020).

Fugir de aglomerações tornou-se indispensável para não se tornar mais um indivíduo infectado pelo vírus, sendo assim, o ambiente de trabalho acabou se tornando um risco, principalmente para aqueles que possuíam algum histórico de saúde mais arriscado. A partir disso, muitas ações emergenciais passaram a ser tomadas pelos Estados, de acordo com seus números de infectados e óbitos, dentre elas, a adoção do Isolamento Social como forma de prevenção de contágio. (ESTRADA, 2020).

De acordo com Bittencourt e Nunes (2020) para uma parcela de empresas e trabalhadores, os impactos do novo coronavírus praticamente inviabilizaram suas atividades econômicas. Para outras empresas e empregados, porém, ferramentas digitais evitaram falências e demissões, permitindo algum nível de continuidade.

Um dos resultados do isolamento social foi o aumento do uso do trabalho remoto, como o teletrabalho e o home office, que tem se mostrado viável até o momento, apesar de todo o imprevisto. (FIOCRUZ, 2020).

O teletrabalho, foi a solução para o enfrentamento sobre as medidas da urgência sanitária e se comprovou como grande evolução diante os avanços tecnológicos e os da comunicação, tornando curta a distância virtual entre patrão e colaborador, sendo possível maior flexibilização dos horários e atividades realizadas. (ESTRADA, 2020).

Antes da Reforma Trabalhista, o teletrabalho no sistema jurídico nacional, tinha uma pequena normatização, não discutia questão de maneira clara, usava-se de fatos peculiares para sua prática, a exemplo do artigo 6º da CLT, alterada pela Lei nº 12.551, de

15 de dezembro de 2011, que não distingue o trabalho executado pelo empregado em seu domicílio ao executado na sede da empresa.

Assim,

No art. 6º, da Lei nº 12.551 de 2011, conforme este dispositivo da CLT, o local de trabalho da prestação de serviços é irrelevante para configurar vínculo empregatício, não havendo diferenciação entre trabalhos executados a distância e teletrabalho. A lei não faz distinção entre o trabalho realizado no domicílio do empregado ou estabelecimento do empregador. (BRASIL, 2011).

Porém, a questão deste artigo não foi suficiente nos litígios a cerca do trabalho a distância, pois envolvia três espécies, o trabalho em domicílio, o teletrabalho, que pode ser desempenhado tanto na residência do empregado, e o trabalho externo. O Conselho Nacional do Ministério Público do Trabalho (CNMP), manteve a concepção de teletrabalho na Resolução nº 157, e, em julho de 2017, aconteceu a tão desejada Reforma Trabalhista, vindo ocultando a lacuna existente na legislação trabalhista.

Nesse sentido:

A Lei 13.467/2017, que discorre sobre a Reforma Trabalhista, introduziu um novo capítulo à CLT, definindo o teletrabalho como a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, 2017).

De modo sábio, evitando um “boom” de ações trabalhistas, o legislador determinou no art. 75-C, caput da CLT: A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. (BRASIL, 2017)

As quatro condições mais polemicas do teletrabalho dizem respeito a: 1) jornada de trabalho e o conseqüente pagamento de horas extras; 2) responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura adequada; 3) pagamento de ajuda de custo; 4) acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. (STURMER e FINCATO,2020).

Assim, a autenticação dessa não tão novo aspecto de trabalho apenas passou a vigorar em novembro de 2017 pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, acompanhado de diversas alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) como a criação de um regime de trabalho intermitente e a prevalência dos acordos negociados sobre a legislação.

Logo, sobre isso a CLT dispõe:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (BRASIL, 2017).

Portanto, atendido como Reforma Trabalhista, essa mudança deu aos teletrabalhadores os mesmos direitos dos trabalhadores presenciais e a Lei nº 13.467(MELLO, 2017).

O teletrabalho também foi incluído na exceção do regime de jornada de trabalho do artigo 62 da CLT que dispõe:

O art. 62 da CLT define em quais situações o empregador não é obrigado a pagar horas extras e adicionais noturnos para o colaborador. São elas: atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, cargos de confiança e teletrabalho. Ou seja, devido à dificuldade de controle, não há direito ao pagamento de horas extras, adicionais noturnos, e entre outros

Entretanto, de acordo com alguns precedentes do TST, se houver meio de controle patronal da jornada, é possível reconhecer os adicionais.

De acordo com a lei, cabe ao empregador instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, sobre as precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, e o empregado deve assinar termo de responsabilidade pelo qual se compromete a seguir essas instruções. A saúde no contexto trabalhista pode ensejar indenizações e até afastamentos, de modo que é um assunto a ser tratado com cuidado. (ESTRADA, 2020).

Entretanto, sabemos que atualmente existem sim formas de controle da jornada dos teletrabalhadores. Esta nova forma de controle e orientação por parte do empregador consiste basicamente na substituição do controle físico pelo tecnológico. Mais eficaz que o tradicional, ele permite a vigilância indireta, que, por sua vez, possibilita que o empresário possa acompanhar o trabalho a partir de qualquer lugar, enviar instruções sobre a execução, fazer cobranças sobre a qualidade e quantidade de trabalho, como se o trabalhador estivesse no interior da empresa. (FIOCRUZ, 2020).

O trabalhador submete-se a uma liberdade vigiada, tão ou mais temida que a vigilância física, realizada pelos olhos do patrão, que controla todos os movimentos virtuais do trabalhador. O próprio computador se encarrega de cobrar procedimentos, comportamentos e produção, controlando toda a atividade do empregado de forma automática e programada pelo empregador. (OLIVEIRA, 2020).

Portanto, o fato de o operário não laborar nas dependências do empregador, por si só, não pode comprovar a inexistência de controle das atividades, tendo em vista as diversas maneiras de se realizar o controle da jornada do empregado que trabalha à distância.

Mesmo com a aprovação do marco regulatório questões de repercussão ampla e controversas ainda devem ser mapeadas e sanadas pelo poder legislativo nacional, criando mecanismos jurídicos complementares para proteção dos direitos dos trabalhadores concomitantes aos interesses privados (OLIVEIRA, 2020).

Segundo Baptista (2020, p. 157) os projetos de lei em tramitação para regulamentação do teletrabalho são:

- a) Projeto de Lei (PL) 3.512/2020: Obriga o empregador a fornecer e manter os equipamentos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho em regime de teletrabalho, ressalvado o disposto em acordo coletivo, bem como a reembolsar o empregado pelas despesas de energia elétrica, telefonia e internet. Torna os empregados em regime de teletrabalho sujeitos às normas relativas à jornada de trabalho dos trabalhadores em geral;
- b) Projeto de Lei 3.915/2020: Obriga o empregador a disponibilizar infraestrutura e equipamentos necessários ao teletrabalho;
- c) Projeto de Lei 561/2020: prioriza o regime de teletrabalho para empregados que tenham filhos de 3 anos de idade ou menos;
- d) Projeto de Lei 4.006/2020: estabelece que, dos recursos economizados pelo governo por conta da adoção do teletrabalho,

7,5% deverão custear a vacina contra a COVID-19; e) Projeto de Lei do Senado 266/2017: cria regime de teletrabalho especial para o empregado com deficiência.

Logo, a condição de decadência da economia internacional e o aumento do coronavírus e, o governo federal, juntamente com a tendência mundial, tomou medidas administrativas na tentativa de minimizar o desemprego e atenuar a recessão econômica causada pela pandemia. (FIOCRUZ, 2020).

De acordo com Neto (2020) as medidas essenciais do governo foram concretizadas nas medidas provisórias principais que são:

- Medida provisória 927/2020: consenti, dentre outras medidas para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública, a adoção pelos empregadores, entre outras, o teletrabalho. A referida medida vigorou até o dia 19/07/20 quando caducou e não foi revista por oportunizar situação favorável à negociação de reembolso de despesas oriundas da execução dos serviços em casa.

- Medida provisória 936/2020, agora sancionada como Lei 14.020/2020: intitulada “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda”, garante a continuidade das atividades laborais e empresariais na tentativa de preservar o emprego e renda, e prevê a redução proporcional da jornada e de salários ou até a suspensão temporária dos contratos de trabalho.

- Medida provisória 944/2020: estabelece no “Programa Emergencial de Suporte a Empregos” crédito especial a pequenas e médias empresas com juros baixos para cobertura de parte da folha salarial em troca da garantia de emprego.

Por fim, acompanhando a tendência mundial, a Instrução Normativa nº 65, publicada pelo Ministério da Economia no dia 30 de julho de 2020, indicou recomendações para a adoção do regime de teletrabalho no governo federal mesmo após a pandemia do COVID-19. De acordo com as novas normas, o colaborador precisa ficar disponível por telefone, responder e-mails e comparecer presencialmente sempre que solicitado, além de assumir os custos referentes à conexão à internet, à energia elétrica e ao telefone, entre outras despesas. (OLIVEIRA, 2020).

Dentre as vantagens para o teletrabalhador, tem a de não ser obrigado ao regime de jornada, tem grande flexibilidade de horários para trabalhar, pois, não há necessidade de ir até a empresa, sobra mais tempo para se dedicar ao trabalho e ao próprio lazer, tendo maior proximidade com a família ou, caso more sozinho, menos distração. Há também, a

redução dos gastos com vestimentas, maquiagem; redução do risco de contágio de doenças, acidentes de trabalho, violência no trânsito e afastamentos. (MELLO, 2017).

Esses conceitos geram uma produtividade maior, diminuição de gastos com gasolina, manutenção do veículo, aluguel, limpeza e até mesmo alimentação e uma melhor qualidade de vida do empregado.

Para o empregador, também há uma boa redução de gastos com passagens aéreas, energia elétrica, impressão de documentos, aluguéis, segurança, limpeza e manutenção predial, onde, surge a possibilidade de desocupação de prédios. (STURMER e FINCATO,2020).

Além disso tudo, para a sociedade, o teletrabalho gera a redução do tráfego rodoviário e da poluição associada, maior desenvolvimento regional através da descentralização do trabalho, aumento da criação de trabalho em áreas de difícil acesso, maior mobilidade do empregado permitindo a inserção no mercado de trabalho aos deficientes físicos e mulher (mais especificamente gestantes). (JONES, 2020).

Mesmo já estarmos no século XXI, as desvantagens são maiores em relação aos benefícios, e, um dos grandes desafios do teletrabalho está exclusivamente ligado à relação entre homem e máquina como os computadores, smartphones, tablets..., e às lesões de efeito repetitivo (LER). (MELLO, 2017).

O problema é de o teletrabalhador continuar por várias horas sentado em frente a um computador, movimentando apenas braços e mãos, exige dele uma boa postura e aumenta a necessidade de poltronas, mesas, cadeiras, teclados e monitores, que se tornam uma forma de EPI (Equipamento de Proteção Individual) para a manutenção da saúde física do empregado na execução do trabalho. Assunto esse que é objeto da NR-17 e dos artigos 198, 390 e 405, §5º, da CLT. (STURMER e FINCATO,2020).

A rotina saudável modifica muito, pois antes tinha os colegas de trabalho, copas para alimentação e cafezinhos com os demais colaboradores. Agora, em tempos de pandemia, seus "colegas de trabalho" serão os filhos, a esposa e o cachorro.

Isso provoca muitas confusões: confusão de despesas do lar com as decorrentes do trabalho; isolamento social e profissional; perda de privacidade do trabalhador, que se deixa invadir pelas eventuais câmeras de vídeo instaladas em seu computador doméstico; perigo considerável quanto à segurança de dados; e a comum falta de divisão de horários. (OLIVEIRA, 2020).

Isso tudo acarreta perturbação nas relações de família e interfere no tempo de trabalho e o tempo de lazer. Também, os teletrabalhadores são menos notados do que os

em regime presencial acarretando menos promoções, menos capacitação e menos feedbacks sobre o desempenho deles, por estarem um pouco fora de vista. (MELLO, 2017).

Para as empresas, Franco Filho (2018, p. 180) realizou um resumo em sua obra sobre as desvantagens presentes no trabalho remoto:

Existem, porém, desvantagens para a empresa: dificuldade em controlar/supervisionar o trabalho, resistência à mudança, falta de empenho de alguns trabalhadores, redução dos graus de agregação dos empregados como forma de valorizar a empresa, investimentos associados face à adaptação de novo local para o trabalhador desenvolver sua teleatividade, riscos quanto à segurança de dados da empresa. [...] e, desvantagens para o trabalhador: isolamento social e profissional, redução de oportunidades profissionais, dificuldade em elaborar um contrato de trabalho específico (apesar das regras existentes), e problemas familiares com confusão do local de trabalho com residência, quando for o caso, e, nessa hipótese, com o trabalho em casa, acaba o lazer.

Atualmente, a Medida Provisória 1.108/2022 publicada em 25 de março de 2022 oficializada através da conversão em Lei Federal nº 14.442. A Dra. Maria Lúcia Benhame (2022), comentou em seu linkedIn:

No teletrabalho a Lei Federal nº 14.442 trouxe:

- a) mantém a marcação de ponto salvo para empregados contratados por produção ou tarefa – lembrando que na CLT essas são formas de remuneração, e o salário-mínimo ou piso da categoria/função devem ser respeitados;
- b) permite a modalidade para estagiários e aprendizes
- c) fixa a base da empresa como competente para regras coletivas
- d) determina aplicação da lei trabalhista para quem for por vontade própria para o exterior (não trata de questões fiscais, risco com leis estrangeira se mantém), mas exclui aplicação da lei de expatriação.
- e) permite organização de horários entre empregado e empregador desde que respeitados os intervalos legais (refeição, DSR, interjornada).

Deste modo, essa nova lei federal vem também garantir os direitos e deveres dos trabalhadores que trabalham na modalidade de trabalho remoto. Outros pontos importantes são o dever de prever o modelo no contrato individual, onde, a lei traz mais segurança jurídica para os casos em que o funcionário escolhe trabalhar em outra cidade que não a prevista em contrato. (JONES, 2020).

Com a medida, as normas e os acordos coletivos aplicáveis ao teletrabalho serão aqueles do local em que o funcionário está alocado — caso a empresa possua mais de uma sede, pode escolher em qual delas fará o enquadramento sindical. (STURMER e FINCATO, 2020).

Para quem opta por mudar de país sem que esse seja um pedido do empregador, o que vale é a legislação brasileira. Mas é possível negociar as condições. Antes, essa prática era regida pela Lei do Expatriado, que previa a garantia dos direitos integrais da legislação brasileira ou da vigente no país de destino, caso fosse mais vantajosa para o funcionário. (MELLO, 2017).

Nesses casos em que a atuação fora do local previsto em contrato é uma escolha do funcionário, a empresa não é responsável pelas despesas relacionadas ao retorno ao presencial, a não ser que exista alguma previsão sobre o assunto estipulada em contrato.

CONCLUSÃO

Conclui-se que presente trabalho atingiu seu objetivo que procurou discorrer através revisão da literatura sobre o teletrabalho para que seja uma alternativa viável e permanente em uma sociedade pós pandêmica.

Por ser uma mudança muito brusca, tanto ao empregador quanto ao colaborador, originaram muitos obstáculos na implantação do teletrabalho como alternativa de sobrevivência das empresas em meio à pandemia. Dificuldades principalmente na falta de políticas adequadas, entre outras, tiveram de se transpostas para manter as empresas operando durante o período.

Não há dúvida de que o teletrabalho veio para ficar, pois, muitas atividades antes desenvolvidas apenas no âmbito físico de escritórios ou ambientais assemelhados de trabalho podem ser desenvolvidos remotamente, da residência do empregado ou de outro local de sua preferência.

Muito ainda deve ser discutido no âmbito legal para que o teletrabalho seja regulamentado, tenha seus direitos equalizados com o trabalho presencial e suas nuances consideradas garantindo as condições de trabalho adequadas aos empregados e segurança jurídica às empresas.

Em decorrência do crescimento do número de teletrabalhadores e empresas que adotaram o trabalho remoto em virtude da pandemia, os poderes legislativo e executivo estudam e colaboram, ainda que tardiamente, para a preservação dos direitos trabalhistas, regulamentação das condições inerentes ao teletrabalho e estabelece obrigações e orientações trabalhistas enquanto os tribunais competentes do trabalho analisam e julgam casos que servirão de precedente para novas leis.

Por conseguinte, resta comprovada a importância de uma regulamentação atualizada e mais específica para o tema em destaque, em razão de sua complexidade, bem como pelo fato de a lei, recentemente aprovada, não recepcionar de maneira segura e eficaz todos os desdobramentos do teletrabalho, nem sequer considerar os princípios basilares do direito do trabalho garantidos pela Constituição Federal.

Diante do cenário jurídico atual, cabe aos profissionais do direito a missão de evitar violações aos direitos dos trabalhadores, provocando reflexões jurídicas nos legisladores que, por sua vez, devem criar regulamentos que traduzam a realidade das relações trabalhistas observando os direitos fundamentais de cada pessoa.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Rodrigo. Agência Senado. Congresso debate a regulamentação com respeito a direitos. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/congresso-debate-regulamentacao-do-teletrabalho-com-respeito-a-direitos>. Acesso em 30 mar 2023.

BENHAME, Dra. Maria Lúcia. Secretaria de Vigilância em Saúde, Ministério da Saúde. Doença pelo coronavírus 2019: ampliação da vigilância, medidas não farmacológicas e descentralização do diagnóstico laboratorial. Boletim Epidemiológico 2022;< <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/24/03--ERRATA---Boletim-Epidemiologico-05.pdf>>. Acesso em 10 mar 2023.

BERG, Janine; et al. Working from home: Estimating the worldwide potential. International Labour Organization Policy Brief - April 2020.

BITTENCOURT, Renato Nunes. Pandemia, isolamento social e colapso global. Revista espaço acadêmico, n. 221, 2020. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/52827/751375149744>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de

3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

CABRERA, Roberta de Oliveira. Fatores Humanos, Organizacionais e Indicadores de Desempenho na Produtividade das Equipes Virtuais de Trabalho. São Paulo – 2019.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. A realidade do Teletrabalho no Brasil e nos tribunais brasileiros. 2020.

FIOCRUZ. Covid-19: São Paulo anuncia estado de calamidade pública. Agência Brasil, São Paulo, 20 de março de 2020. Disponível em < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/covid-19-sao-paulo-anuncia-estadode-calamidade-publica> >. Acessado em 18 mar. 2023.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Curso de Direito do Trabalho de acordo com a Lei n. 13.467/17 e a MP n. 808/2017. 4ª Ed. São Paulo: LTR, 2018.

IPEA, INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Mobilidade urbana: o Brasil em transformação, o papel do IPEA na construção do pacto da mobilidade. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6481/1/td_2148.pdf. Acesso em: 16 mar. 2023.

JONES, Frances. Covid-19: letalidade de doença ainda intriga cientistas e médicos. Viva Bem, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/10/05/o-enigma-da-letalidade.htm>. Acesso em: 25 mar. 2023.

LEWARD, J. A.; LO, N.C. Scientific and ethical basis for social-distancing interventions against COVID-19. The Lancet Infect Dis. Published Online: 23 mar, 54 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30190-0](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30190-0). Acesso em: 20 mar. 2023.

MADEIRA, Lúcia. Como as empresas podem evitar demissões pela pandemia. Artigo, 20 mai. 2020. Disponível em: <https://www.mundorh.com.br/como-as-empresas-podem-evitardemissoes-pela-pandemia/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2020

MATTEI, Lauro; HEINEN, Vicente Loeblein. "Impactos da Crise da Covid-19 no mercado de trabalho brasileiro." *Brazilian Journal of Political Economy*. V.40, n. 4, p. 647-668, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/sil_b/Downloads/2078-Article%20Text-2874-1-10-20201023.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

MELLO, Álvaro Augusto Araújo Teletrabalho: importância estratégica para modernização das relações trabalhistas. Audiência Pública da Reforma trabalhista na Câmara dos deputados. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reformaTrabalhista/documentos/audiencias- publicas/lvaroMello.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

MIESSA, E.; CORREIA, H. Manual da Reforma Trabalhista: LEI 13.467; 2017- O que mudou?. 2ª ed. Salvador: JUSPODIVM, 2018.

NETO, Ricardo Borges Gama. Boletim de conjuntura (BOCA):Impactos da covid-19 sobre a economia mundial., 2(5). Boa Vista – 2020.

OLIVEIRA, José Arnaldo de. O Teletrabalho e as novas tecnologias na relação laboral, 2020 Rio de Janeiro Ed. Lumen Juris

STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise. Teletrabalho em tempos de calamidade por COVID19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. *Direito do trabalho na crise da COVID-19*. – 2020.

SITES

<https://revistalaborare.org/index.php/laborare/article/view/126>Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

<https://vocerh.abril.com.br/politicasepraticas/nova-lei-do-home-office/>

UMA BREVE ANÁLISE: O RACISMO MEDIADO PELAS REDES SOCIAIS

LEONAM AUGUSTO ALDUINO EGAS:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis³⁷.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a prática de racismo mediada pela facilidade dos fluxos de informações existente rede mundial de computadores, principalmente nos ambientes das redes sociais, cujo espaço é campo fértil e quase ilimitado para se propagarem manifestações individuais ou coletivas que, muitas vezes, extrapolam o limite da liberdade de expressão, momento em que se caracteriza ilicitude à luz do Direito Brasileiro. Nesse sentido, a metodologia empregada é qualitativa. Nesse bojo, conduziu-se este arrazoado sob o escopo de se arvorar, superficialmente, nas raízes históricas do racismo, na sua manutenção durante o tempo e na sua existência ostensiva ou mesmo velada no status quo da sociedade. O objetivo deste trabalho é abordar o contexto da disseminação de comentários ou mesmo do compartilhamento de conteúdo com certo grau de preconceito na internet, principalmente nas redes sociais. Assim, o comportamento humano se mostra ainda inflexível na madureza não da discussão em si, mas de produzir efeitos eficazes que pudessem dar fim ou, ao menos, mitigar essa prática preconceituosa que resiste, sobretudo, em linhas gerais, nos ambientes da tecnologia que fazem parte, inevitavelmente, do homem moderno, o que traz certo miasma da primitividade quanto à evolução moral, considerando-se a persistência de tratamentos de superioridade a outrem.

Palavras-chave: Racismo. Direito. Internet. Redes sociais.

ABSTRACT: This article discusses the practice of racism mediated by the ease of information flow through the World Wide Web, particularly through social networks, which provide a fertile and almost unlimited space for individual or collective expressions that often exceed the limits of freedom of speech, constituting illegality under Brazilian Law. The methodology used is qualitative. Within this framework, this discourse delves superficially into the historical roots of racism, its perpetuation over time, and its overt or veiled existence in the current status quo of society. The objective of this work is to address the context of the dissemination of prejudiced comments or the sharing of content with a

³⁷ E-mail: leonamegas@hotmail.com

certain degree of bias on the internet, especially on social networks. Thus, human behavior continues to show inflexibility not in terms of the discussion itself, but in producing effective outcomes that could put an end to, or at least mitigate, this prejudiced practice that persists primarily in technological environments, which are inevitably part of modern society. However, they still carry a certain miasma of primitiveness regarding moral evolution, considering the persistence of treating others as inferior.

Keywords: Racism. Law. Internet. Social networks.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que a liberdade de expressão é um direito fundamental, assim prescrito no Art. 5º, inciso IV da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Esse dispositivo legal é essencial no sistema democrático brasileiro, uma importante conquista para o cidadão, fruto de muito debate e de reformas constitucionais. Entretanto, o limite dessa liberdade de expressão é tipificado no Art. 5-X da CF, que traz a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, protegendo, desta forma, todos contra quaisquer atos que cogitem a violação desses direitos da pessoa.

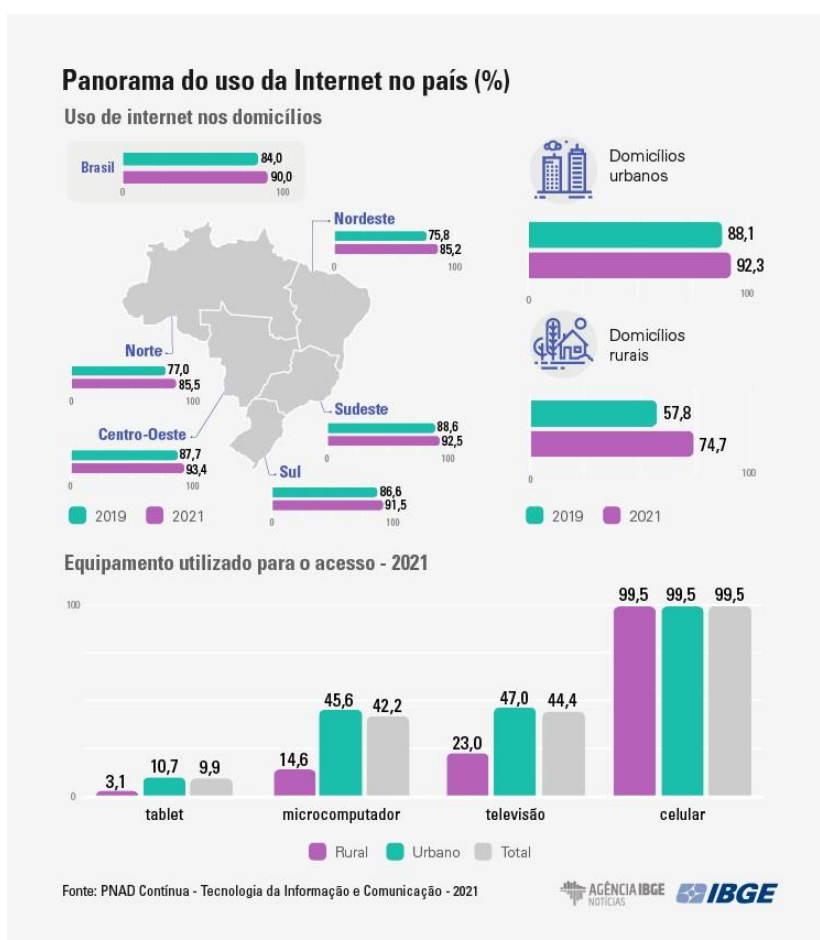
Esse assunto sempre foi tema de discussão pelo mundo. Assim, na atualidade, há uma constante vigília para a garantia dessa prerrogativa, de forma a não sofrer ameaça de ser cerceada. Nesse cenário, com o advento da popularidade dos meios de comunicação e sua capacidade fantástica de veicular informações com cobertura infundável de pessoas, há uma certa preocupação – e não poderia ser diferente - quanto à legitimidade dessa liberdade e possível responsabilização quanto ao conteúdo que fira a honra e a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a abordagem desse instrumento de validação de convicções do indivíduo, por meio de palavras ou outro meio de se manifestar pacificamente no estado democrático, é de suma importância em bancos escolares, em instituições e em meio a autoridades com notoriedade saber, buscando-se sempre o aprimoramento e a franca garantia dessa capacidade de exposição de ideias com responsabilidade.

2. O FENÔMENO INTERNET E A ASCENSÃO DO DIREITO DIGITAL CRIMINAL

É evidente que a rede mundial de computadores eliminou as distâncias e os limites geopolíticos no mundo moderno. Desse modo, a capilaridade da internet rompeu barreiras e, compulsoriamente, rendeu aos usuários uma abissal fonte de pesquisa para produção de conhecimento. O alcance dessa ferramenta, a cada dia, aumenta de forma sem precedentes. Além do mais, propiciou uma ferramenta de inclusão daqueles que eram

invisíveis quanto à manifestação de suas vontades, por intermédio de suas convicções. Sobressaem, nesse viés, as redes sociais, sítio em que a veiculação de informações é expressivo, o que revela um potencial de liberdade de se expressar pensamentos. Para se ilustrar esse fenômeno, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a Internet chega a 90,0% dos domicílios do país em 2021, com alta de 6 pontos percentuais frente a 2019, quando 84,0% dos domicílios possuíam acesso à grande rede. Em 2021, o telefone celular mantém a liderança de ser o principal equipamento de acesso à internet em 99,5% dos domicílios. A seguir, o gráfico ilustra a malha do uso da internet:



Fonte: <https://static.sbt.com.br/noticias/images/content/20220916112920.jpeg>

Fica claro que, em meio a esse grande universo de propagação de informação, o Direito Brasileiro, conseqüentemente, lançou seus tentáculos nesse oceano de possibilidades de expressão dos usuários, em especial à questão de ilícitos penais.

Dentre os vários crimes contra a pessoa, a tipificação da Lei do Racismo nº 7.716/89 prevê pena para qualquer ato que margeie a discriminação ou o preconceito, em função da origem, da raça, do sexo, da cor e da idade. Em um país continental e com pluralismo da miscigenação, infelizmente a prática de racismo ganhou também espaço na internet e nas

redes sociais, local em que se sugere uma falsa ideia de sensação de impunidade e liberdade para as ofensas descabidas feitas por aqueles que talvez julguem que seja espaço sem lei. Esse comportamento fere exponencialmente a vítima, uma vez que anaboliza o estrago pela celeridade de transmissão e seu compartilhamento. Esses autores não poupam ninguém, independente de classe social.

A exposição pública de casos desse crime não é algo recente. Um exemplo emblemático envolvendo a famosa repórter e apresentadora da Emissora de Televisão rede Globo, Glória Maria, na década de 70, foi amplamente debatido, quando ela foi impedida de entrar em um hotel no Rio de Janeiro por causada sua cor. Os jornais, as revistas e os canais de televisão veicularam o fato à exaustão, o que acabou por tornar o evento muito conhecido. Na oportunidade, a profissional estava promovendo uma reportagem para a empresa televisiva e sofreu, naquele ato, o preconceito que foi testemunhado pelas lentes da câmera.

A agravante, atualmente, é a deliberada intenção de o autor desse ilícito de explorar a capacidade de divulgação dos atuais meios de comunicação, afetando diretamente outrem de forma contundente. Barrar essas ações não é tarefa fácil, mesmo com algoritmos que, automaticamente, buscam neutralizá-las. Os recursos da Inteligência Artificial são aplicados, mas não são o bastante para impedir esses comportamentos nefastos. Para agregar esse propósito, buscando estender a inviolabilidade da liberdade alheia, a LGPD (Lei 13709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados) foi implantada para subsidiar essa medida protetiva. Há uma atuação direta e obrigação daqueles que detenham dados pessoais e que se responsabilizem por eles com a segurança absoluta de sua salvaguarda, inclusive nos meios digitais, por pessoa física ou pessoa jurídica, seja ela de direito público ou privado, tendo como objetivo a inviolabilidade da privacidade. Vejamos o artigo 17 do referido dispositivo legal:

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

Com esse universo de nautas na internet, as redes sociais, cada vez mais, se multiplicam. Por conseguinte, aumenta-se, consideravelmente, o fluxo de informações e as interações entre usuários. Esse panorama acaba democratizando o mecanismo comunicativo. Todavia, esse avanço, embora se apresente como inovador, certamente não deixaria Alexander Graham Bell orgulhoso de seu protótipo telefone à discagem mecânica, se considerar que essa facilidade, tornando-se incontrolável, e, com a falsa percepção de anonimato, acabou abrindo margem para que fossem criados campos férteis nas redes

sociais, devido a sua impunidade causada pela vulnerabilidade a que está sujeita essa condição de fragilidade de controle e identificação do autor.

É justamente a aplicação dos dispositivos legais, no cenário da internet, que é objeto de discussão do direito internacional, pois, apesar de a liberdade de expressão ser cumprida, o anonimato, que é proibido pela lei, na prática, é quase que inerente ao uso das redes sociais.

Como dito acima, a facilidade de interações, na internet, acaba se tornando incontrollável, especialmente quando a liberdade de expressão acaba se relativizando, banalizando os limites dessa autonomia, precarizando os controles para evitar a impunidade nas redes de comunicação, o que nutre um canal que acaba por propagar discursos de ódio e mesmo viés preconceituoso.

3. O RACISMO ESTRUTURAL

Inevitavelmente, o homem sempre fez julgamento de tudo o que está ao seu redor, determinado por uma análise subjetiva, a partir de sua perspectiva ou mesmo de influência da própria sociedade em que está inserido. Daí surgem crenças ou convicções acerca da leitura feita em relação ao que foi julgado. No que se refere à consideração de seu semelhante, considerando os aspectos de hierarquização social, intelectual, econômica e cultural, quando o assunto é característica física, a exemplo cor de pele, há instalada, na sociedade, uma ostensiva ou uma velada discriminação. Essa convicção enviesada se estabelece por se considerar outrem como sendo inferior por essa condição naturalmente biológica, sem mínima ou qualquer justificativa plausível para essa sujeição vazia. Por vezes, estabelece-se esse “valor” pela pertinência a uma nação racial. Emitem-se opiniões, ofensas ou anedotas, sejam pela raça, pela religião, pela cor, pela etnia.

O racismo é produto da relação direta ou indireta daquele que o pratica e da própria coletividade, considerando a percepção das consequências da punição aplicada e seu efetivo efeito como ferramenta de coibição de outra manifestação de estigma associado a esse racismo. Assim sendo, a própria estrutura social se apresenta como terreno fértil para se propagar esse fator comportamental, de modo a ainda observar um espaço, no tecido social, para que isso ocorra, ou seja, ele também resiste na política pública em que há poucos avanços para se alavancar instrumentos neutralizadores dessa chaga.

Nesse cenário, além da existência de lei, a massiva exploração de campanhas e projetos governamentais contra esse ilícito é condição “sine qua non” para o seu combate, mas não é o bastante. O legado estrutural desse processo decorre de heranças históricas. Deve-se resgatar, para se ilustrarem as raízes profundas desse esqueleto que ronda os diversos segmentos sociais, a Lei Áurea, subscrita pela princesa Isabel em 13 de maio de 1888. Esse feito, entretanto, restou uma abolição inconclusa, uma vez que não se criou – e

tudo indica que não havia interesse – uma estrutura social que pudesse recepcionar esses potenciais homens recém-libertos do submundo e lhes proporcionar a nova condição de “vida oferecida”. Não se tutelou assistência com políticas voltadas para acesso à propriedade, à educação e ao trabalho.

Além disso, o Código Criminal do Império do Brasil de 1830 aboliu os castigos físicos e mutilações impostos a escravos, em determinadas circunstâncias, previstos na Constituição anterior, mantendo, entretanto, açoites exclusivamente, e mesmo impunham-se, nos casos de insurreição dessa categoria, penas de prisão perpétua alíderes. Fica clara a evidência de tratamento desumano pela própria condição, credenciamento da origem do racismo estrutural. A visão contemporânea que rejeita, incondicionalmente, qualquer atentado aos direitos fundamentais da pessoa humana é sólida, entretanto há grandes abismos de informações e de intolerância que ainda orbitam o pensamento de uma minoria da população que, inexplicavelmente, não muda o comportamento e continua a repetir ações de extrema desconsideração humana. Ainda que fatos isolados para alguns, o racismo ronda as instituições cujo papel deveria tutelar os direitos constitucionais. Registram-se casos de policiais que praticam essa ação indesejável, professores, médicos, artistas, pode público, dentre outros. O que se constata é que a capilaridade dos potenciais autores, nos diversos segmentos da sociedade, é indiscutível.

Portanto, é de um vazio moral e ético aquele que ofende, pontualmente ou de forma sistêmica, gratuita ou deliberadamente. Para se consagrarem esses episódios nefastos de forma a caracterizar o racismo como parte da estrutura social, há de se ponderar, ainda que aquele que se cale por omissão, indiferença, receio ou condescendência, que quaisquer dessas variáveis qualificam a estrutura como algo concreto, o que torna esse cidadão parte dessa atmosfera primitiva de relação humana, responsável, solidariamente, por proporcionar oportunidade de esse manifesto desejo inconcebível de desrespeito e falta de humanidade com o semelhante se perpetuar. E pior: aqueles que têm o dever de lutar contra essa repulsa e assim não o fizer reforçam a condição dessas posturas comportamentais antirracistas contra os negros, os ciganos, os judeus, os muçulmanos, os árabes e outros. Isso é hediondo.

4. A DIFICULDADE DE SE IDENTIFICAR

Apesar das inovações tecnológicas e do avanço de programas e softwares, a existência de um sistema como algoritmos que identifique circunstâncias em que um usuário extrapole o limite da liberdade de expressão no mundo on-line, de modo a, de forma autônoma, suspender essas atividades ainda é embrionária. Entretanto, isso não extinguiria o ato ilícito, uma vez que o compartilhamento ficou à disposição nesse ínterim. E mesmo que se tenha extraído o conteúdo, a identificação pode restar fragilizada, porque

a criação de conta, nos perfis, pode se dar de forma falsa, o que garante a impunidade, por causa desse pseudoanonimato, inviabilizando qualquer linha de trabalho para se estabelecer um inquérito policial. Aliado a isso, a identificação da vítima é de extrema necessidade, o que pode também preterir qualquer intervenção que se mostre efetivamente produtiva no sentido de identificar o crime e o criminoso. São inúmeras variáveis que acabam reduzindo as chances de se produzirem resultados promissores.

Ademais, para se ilustrarem os mecanismos de controle, o Tik Tok é uma plataforma que diz muito da representatividade da pluralidade de temas que são veiculados no mundo todo. Além de distração, é um meio de se socializar, denunciar, compartilhar, patrocinar e, infelizmente, promover estigmas associados ao racismo. Tudo porque o algoritmo adota padrões para propagar conteúdos, potencializá-los e, ao contrário, diminuir a visibilidade de pessoas que não possuam um padrão que seja acessado e visualizado, a exemplo, desprovidas de beleza. Fica evidenciado que o próprio sistema apresenta desvio que mais pode prejudicar do que auxiliar nesse mister, especialmente porque a demanda é de um universo inimaginável de postagens.

5. A LUTA CONTRA O RACISMO

É provável que o racismo não seja neutralizado em um curto espaço de tempo. Isso pode ser relacionado muito por conta da sua estruturação que se encontra bem sedimentada numa espécie de cultura. É possível, porém, sim, combater esse problema, no país, e reduzir esse comportamento resistente por uma minoria, não somente por meio de exaustivas campanhas e discussões sobre essa conduta reprovável e indesejável, como também por políticas públicas que criem mecanismo de jurídico mais eficaz e produtivo, em parceria com as redes sociais, de modo a melhor regulamentar as políticas de segurança desses organismos, assegurando a liberdade de expressão sem qualquer ato de censura, mas criando dispositivos que garantam a inviolabilidade da segurança de cada usuário, de modo a identificar os autores desse crime, de forma a desencorajar atitudes semelhantes também nesses ambientes virtuais.

Infelizmente, apenas as falas preconceituosas não são o principal problema, tendo em vista que a população negra representa cerca de 78% das mortes violentas intencionais no ano de 2021 – categoria que reúne homicídio doloso, latrocínio, lesão corporal seguida de morte e mortes por intervenção policial – segundo o 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

6. USO DE FERRAMENTAS

Como já citado no primeiro capítulo, o avanço da tecnologia também trouxe ferramentas de controle nesse ambiente para compartilhamento de dados e informações. É importante o uso delas a fim de facilitar o combate à cultura racista. Pode ser citada a

ferramenta disponibilizada pela SaferNetBrasil, associação civil de direito privado, que visa à preservação dos Direitos Humanos perante o uso da Internet. Trata-se de entidade com referência nacional no combate aos crimes e violações aos Direitos Humanos no mundo digital. Atua em cooperação com vários segmentos da sociedade civil, instituições governamentais, dentre elas a Polícia Federal, Polícia Civil, Ministério Público Federal, Congresso e as demais polícias no Brasil. Ela atua em conjunto com todas essas instituições, subsidiando nas queixas das violações dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Antes, entretanto, há grandes conglomerados que foram grandes pioneiros para que se processasse “a Internet das Coisas” como hoje é reconhecida a parafernália tecnológica. Passou-se primeiramente pelo Internet Assigned Numbers Authority, controlador de fornecimento de IP, ou seja, o que fornece a digital de cada computador. Depois, o crescimento desse complexo determinou o surgimento de outra empresa que também passou a controlar os domínios, a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. As duas – IANA e ICANN – são controladas pelo governo dos Estados Unidos da América. Há servidores que hospedam as informações, distribuídos estrategicamente: 10 nos EUA, 2 na Europa e 1 no Japão. Além disso, o controle efetivo do escoamento dos conteúdos também passa pelas famigeradas Big Techs cuja responsabilidade agrega valores éticos e econômicos. De qualquer sorte, a teia de operações é complexa. O controle não poderia ser diferente.

7. A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE COMBATE

É consenso que a formação acadêmica/escolar de um indivíduo influencia completamente na sua crença e no seu caráter. A escola nada mais é que um reflexo da nossa sociedade, num caleidoscópio de diferentes formações familiares. Logo, somente por meio de políticas públicas e investimentos na formação de professores capacitados e em materiais necessários fornecidos às instituições de ensino será possível essa mudança no pensamento das crianças, dos adolescentes e dos jovens formandos.

A diversidade racial existe e precisa ser compreendida de forma séria e responsável, de modo que seja objeto de discussão e proposição de ações afirmativas que contribuam para a construção de uma sociedade plural e diversa. A escola tem como papel fundamental a criação de um espaço onde a questão étnico-racial tenha lugar de importância – assim como as questões de gênero, sexualidade, religiosidade – permitindo a ruptura do silêncio e da negligência observadas em relação ao tema.

Um fator preponderante para desnaturalizar o racismo e suas práticas deve ser um exercício da cidadania no ambiente escolar, de modo que as diferenças devem marcar um ambiente propício para discussão de valores, eliminar qualquer tipo de intolerância devido às diferenças, por meio de um diálogo pedagógico, estimulando as práticas de inclusão

social, internalizando a necessidade de um respeito mútuo, sobretudo quanto às questões raciais, de modo a neutralizar qualquer tipo de intolerância racial. É preciso estimular o rompimento da ideia de naturalização de práticas de discriminação racial, uma vez que o ambiente escolar propicia a pluralidade da miscigenação. É inevitável, especialmente, na aula de História, discutir sobre Apartheid, sobre racismo, sobre escravidão, sobre nazismo e tantas outras desqualificações determinadas pelo comportamento criado em diferentes momentos da História, de forma a desqualificar pessoas e tornar outras superiores, sem qualquer fundamento para tal. Se a educação é o mecanismo legítimo de libertação e ferramenta que estimula o senso crítico do aluno, é importante que disciplinas como sociologia e filosofia, agregando aos valores históricos, discutam, na plenitude, as razões pelas quais o homem deve superar um passado sombrio que jamais deve se repetir.

8. A IMPUNIDADE

Durante o uso da internet, os usuários se sentem “distantes”, protegidos por essa distância física. É pensamento interpretado como se a vigília punitiva não tivesse seu alcance. É justamente esse sentimento de impunidade que faz com que os que cometem esses crimes acreditem fielmente que sairão impunes. É preciso combater essa cultura, por meio da efetivação da punição. Nesse contexto, um caso icônico que ocorreu em 2016 foi o de Titi, 3 anos, cujos pais adotivos são os atores Bruno Gagliasso e Giovanna Ewbank. A criança sofreu comentários decunho racista no perfil da mãe. Após a denúncia, a Polícia Civil do Rio identificou como autora uma adolescente de 14 anos, moradora de Guarulhos, em São Paulo. Ela afirmou que criou um perfil falso numa rede social, usando o nome e as fotos de uma amiga.

Esse cenário traz marcas desumanas. São ofensas vazias. A internet parece encorajar ações como essas, sobretudo pela possibilidade de se criar perfis falsos. Casos que também receberam os holofotes foram de Maria Júlia Coutinho, quando, em 2015, a jornalista do Jornal Nacional foi vítima de comentários racistas na página oficial do Facebook, logo depois de se destacar pela sua cobertura da previsão do tempo. O caso também de Thaís Araújo, em 2015; a Cantora Ludmilla sofreu ofensas racistas em 2016. Também, no mesmo ano, a cantora Preta Gil também recebeu mensagens de ódio. Tudo isso foi na plataforma do Facebook.

O que se pode afirmar, portanto, é que, caso se vasculhe a internet, se constatarão vários outros casos dessa ação discriminatória. Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado de SP, foram registradas mais denúncias de racismo e injúria racial entre janeiro e abril de 2022 do que no ano inteiro de 2021. Podem-se citar diversos casos que ganharam muita notoriedade da mídia. Uns mais nocivos que os outros. Infelizmente, não é somente no mundo online que a prática do racismo acontece. No futebol brasileiro, não é diferente e ganha mais evidência. Santos e Grêmio, dois times brasileiros, se enfrentavam em uma partida de futebol válida pelas oitavas de final da Copa

do Brasil do ano de 2014, quando o goleiro do clube santista foi insultado no término da partida por torcedores do time adversário. As câmeras de televisão flagraram ofensas racistas proclamadas ao guarda redes santista, sendo chamado de “macaco” por vários torcedores gremistas. Esses comportamentos são de longa data. Atualmente, eles se repetem.

9. RACISMO E PRECONCEITO

O racismo é uma vertente do preconceito, e, apesar de ser um tema com acontecimentos e casos presentes nos tempos atuais, não é de hoje que a cultura racista se faz presente na nossa sociedade. São de conhecimento geral os desastres de reverberação mundial, conhecidos, como exemplo, o holocausto judeu e a escravidão. Esses acontecimentos evidenciaram as ideias e valores que os europeus possuíam sobre a diversidade racial e culturas dos diferentes povos no momento em que a Europa entrou em contato com eles.

O genocídio de aproximados seis milhões de judeus nos campos de concentração e de extermínio pela Alemanha é um quadro decadente. Tudo isso ocorreu sob a batuta diabólica de Adolf Hitler, quando era praticada a eugenia, a busca da raça perfeita, a raça ariana. Isso foi um ataque à humanidade, uma história de muita dor para os judeus até hoje. O antissemitismo foi o claro exemplo de racismo no mundo, durante a Segunda Guerra Mundial. Não somente os judeus, mas negros, testemunhas de Jeová, dentre outros, foram assassinados para a “limpeza” das raças. Muitas leis foram criadas pelo governo tirano de Hitler, objetivando a segregação e o extermínio dos judeus. Antes que fossem mortos, esse povo não tinha os direitos plenos para serem atendidos, a exemplo, em hospitais. Havia muito mecanismo de restrição para eles. Não eram considerados alemães. O tirano julgava que eles eram inferiores, diante de sua raça superior. Muitos eram sujeitos a experimentos desumanos. Foi uma catástrofe humanitária. É inimaginável, portanto, que ainda existam pessoas que julguem outras por apresentar um traço diferente do seu.

Já a escravidão, no Brasil, decorre no início da colonização do território tupiniquim. Os portugueses implantaram as capitânicas hereditárias e incentivaram o plantio da cana-de-açúcar e a produção de açúcar para o comércio. A mão de obra era algo imprescindível para o labor e buscaram a escravidão para se atender à demanda. Inicialmente, foram os índios a sofrer o processo de escravidão. A seguir, o quadro traz a ilustração da época:



Fonte:

<https://static.mundoeducacao.uol.com.br/mundoeducacao/conteudo/escravizacao-dos-indios.jpg>

Os silvícolas assim prosseguiram até o século XVII, quando, então, começou a vir a mão de obra africana, substituindo os índios que não tinham muita simpatia por trabalho pesado e eram muito bem vistos pelos Jesuítas para serem convertidos ao catolicismo. Por diversas questões de interesses católicos, os Jesuítas pressionaram a coroa portuguesa a proibir a escravização dos índios em 1570. Nessa época, também muitos índios eram suscetíveis a doenças por falta de defesa biológica, e muitas epidemias mataram muitos deles. Mesmo assim, ainda continuaram escravos.

Os primeiros africanos começaram a chegar no Brasil, na década de 1550, e foram trazidos por meio do tráfico negreiro, por intermédio de negociação dos portugueses que mantinham sede na África para as negociações. A colonização do Brasil se desenvolvia a passos largos, o que aqueceu a economia do mercado de escravos de forma a trazer uma atividade altamente rentável também para a Coroa.

Ao longo dos 300 anos de existência do tráfico negreiro, quase 5 milhões de africanos pisaram o país. Era uma vida sofrida. Condições subumanas. Descansavam apenas 4 horas. Ocorriam muitos acidentes nas moendas de cana e nas caldeiras. Dormiam no chão. Viviam acorrentados para evitar fuga. Usavam máscara de flandres para evitar engolir diamantes. As escravas sofriam abusos sexuais. Os homens levavam chibatadas. Alguns eram jogados à fogueira ou eram enforcados. O Brasil foi o último país do continente americano a abolir o trabalho escravo e isso ocorreu por meio da Lei Áurea, aprovada pelo Senado e assinada pela princesa Isabel, em 13 de maio de 1888.

9. A EVOLUÇÃO DO CRIME DE RACISMO NO BRASIL

A Lei Afonso Arinos foi a primeira norma contra o racismo no Brasil. Foi aprovada no ano de 1951, tornando a discriminação racial contravenção penal. A tipificação foi motivada pelo episódio de que a bailarina norte americana, Katherine Dunham, foi impedida de se hospedar em um hotel em São Paulo em razão de sua cor, repercutindo mal, à época, na imprensa estrangeira. Uma outra lei nº 2.889, de 1956, aduz: " homicídio qualificado os casos em que haja intenção de matar grupo nacional, étnico, racial ou religioso", com pena de 12 a 30 anos de reclusão.

Já tipificado no art 4º, inciso VII da CF de 88, "as relações internacionais brasileiras regem-se pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo".

Ademais, na lei 7.716 de 1989, incluem-se os crimes de preconceito de cor e raça, incluindo penas para situações diversas de discriminação no cotidiano, como também estabelece punições para práticas de incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor.

A lei 10.639 de 2003 instalou a obrigatoriedade do ensino de história e cultura afro-brasileira e africana nas escolas de Ensino Fundamental.

Outra lei 12.288 institui o Estatuto da Igualdade Racial, a fim de garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Ainda acrescentou, na lei nº 7.716, a possibilidade de interdição de mensagens e páginas da internet, bem como a lei 12.735 de 2012 prevê a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio, nos casos de incitação ao preconceito racial.

11. CONCLUSÃO

O racismo se mostra, deveras, enraizado em nossa sociedade e, por muitas vezes, é um tema que rende muita discussão, mas, efetivamente, essa ação não produz, ainda, efeitos desejáveis ou, ao menos, aceitáveis. O que imorta é que o tecido social, como um todo, tem sim voltado seus olhos a esse flagrante atentado discriminatório. O substantivo abstrato "intolerância" é forte em seu significado, entretanto ele pode ser um mantra a ser usado contra qualquer e mínimo miasma que se ouse defraldar contra qualquer cidadão. Há muitas questões a serem resolvidas nas relações humanas. Não há dúvida dessa necessidade premente. No entanto, essa discussão que atravessa a linha do tempo quanto ao racismo ou a outro atentado discriminatório, qualquer que seja, deveria ter sido superada. É uma questão de humanidade. Todavia, como ainda persistem comportamentos com esse espectro indesejado, persistir na luta contra essas figuras vis que praticam

tamanha agressão é dever de todo cidadão, envolvendo-se a sociedade civil e as políticas públicas para que, de forma inflexível, se possam buscar instrumentos jurídicos que neutralizem essas consagradas lesões morais no Estado Democrático de Direito no país. Todo operador do direito pavimenta sua doutrina confessa na esteira da proteção de direitos inalienáveis de toda pessoa. Num país plural, a singularidade é eliminar as erosões morais e éticas que a pauta do preconceito apresenta. Assim, não é razoável afirmar que seja assunto de fácil deslinde. É, porém, imperativo que todos os instrumentos jurídicos do direito e a internet das coisas comunguem do mesmo nicho digital com a inteligência humana, criando artefatos do conhecimento nos bancos escolares, nas casas de lei, na sociedade e nas políticas públicas para erradicar essa chaga que é o racismo em suas mais nefastas maneiras de manifestação. O mundo online é mero reflexo do mundo não logado, e, cada vez mais, eles se tornam mais conectados, paradoxalmente, um misto de criador e criatura. O passado nunca esteve tão presente na repetição de ações. Há, entretanto, com base nas causas e nos efeitos das ações e omissões do homem, mais recurso para a busca de informação limpa, legítima e humana, indiscutivelmente, à disposição: a própria tecnologia digital. Ela não é uma vilã. Quem faz uso dela pode sê-lo.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA DO RACISMO – DOCUMENTÁRIO. Unisinos.br, 2013. Disponível em: <<http://unisinos.br/blogs/neabi/2013/02/04/a-historia-do-racismo-documentario/>> Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 9.459**, de 13 de maio de 1997. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.. Brasília, DF, Diário Oficial da União de 14/05/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm> Acesso em: 20 Dez. 2022.

WEDDERBURN, Carlos Moore Carlos Moore, **o racismo através da história: da antiguidade à modernidade**, 2007. Disponível em: <<http://www.ammapsique.org.br/baix/O-Racismo-atraves-da-historia-Moore.pdf>> Acesso em: 11 Dez. 2022.

MIRANTE, Piteram de Souza, **racismo nas redes sociais e em jogos virtuais**, Guanambi-BA, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13246/1/TCC%20II%20-%20PITER%20MIRANTE%20-%20FINALIZADO%20%282%29.pdf>> Acesso em: 14 Fev. 2023.

Blend-edu.com, **12 termos que você precisa conhecer para ajudar a combater o racismo**, disponível em: <<https://www.blend-edu.com/12-termos-para-combater-o-racismo/>> acesso em: 11 jan 2023.

SaferNetBrasil.© 2008-2023, disponível em: <<https://www.safernet.org.br/site/institucional>>. Acesso em: 12 fev. 2023.

OLIVEIRA, Laura. 05 abril 2022. **Racismo no País está enraizado na educação escolar**, Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/racismo-no-pais-esta-enraizado-na-educacao-escolar/>>. Acesso em: 15 dez 2022.

CNN Brasil, **SP já registrou mais casos de racismo em 2022 do que em todo o ano passado**, 06 maio 2022, disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/sp-ja-registrou-mais-casos-de-racismo-em-2022-que-em-todo-o-ano-passado/>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

FROTA, Lorena Aimee Monteiro, **Injúria praticada nas redes sociais**, 24 jun 2022, disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58742/injria-racial-praticada-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

SILVA, Helena Clécia Barbosa Da ;LIMA, Telma Cristiane Sasso De, **Racismo institucional: violação do direito à saúde e demanda ao serviço social**, Florianópolis, maio/ago 2021, disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rk/a/hRTf9SLg8CBYF8cJqC8QYNJ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o **Estatuto da Igualdade Racial**, Brasília, DF, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em : 25 maio 2023.

SABINO, Marco Anotnio da Costa. **Afinal, existe mesmo anonimato na internet?** 05 de novembro 2020. Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/anonimato-na-internet/>>. Acesso em: 14 abril 2023.

AMADO, Miguel. **Marco Civil da Internet: o que é, importância e mudanças propostas**. 03 de outubro 2019. Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 14 abril 2023.

CORNÉLIO, Angelina. **Entendendo o que são os algoritmos racistas**, publicado dia 06/04/2022. Disponível em: <<https://usemobile.com.br/algoritmos-racistas/>>. Acesso em: 7 maio 2023.

©Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, **Liberdade de Imprensa X Liberdade de Expressão**, disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito->

facil/edicao-semanal/liberdade-de-imprensa-x-liberdade-de-expressao>. Acesso em: 23 maio 2023.

Observatório da Discriminação Racial no Futebol, **discriminação pela internet, como denunciar**, disponível em: <<https://observatorioracialfutebol.com.br/legislacao/discriminacao-pela-internet-como-denunciar/>> . Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.853**, de 8 de julho de 2019. sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados;e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art2> Acesso em: 10 dez. 2022.

ALBUQUERQUE, Ana Luiza. **Negros são a maioria das vítimas de crimes violentos no Brasil mostra levantamento.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/07/negros-sao-a-maioria-das-vitimas-de-crimes-violentos-no-brasil-mostra-levantamento.shtml>> Acesso em: 10 dez. 2023.

IBGE, **domicílios com acesso a serviço de televisão por assinatura**., Disponível em: <<https://static.sbt.com.br/noticias/images/content/20220916112920.jpeg>> Acesso em 20 maio 2023.

Escravidão dos índios. Disponível em: <<https://static.mundoeducacao.uol.com.br/mundoeducacao/conteudo/escravizacao-dos-indios.jpg>> Acesso em 20 abril 2023.

REZENDE, Milka de Oliveira, **Racismo no Brasil**, disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/racismo-no-brasil.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2023.

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: LEIS E DESAFIOS

VITORIA ROCHA DE MORAIS:
Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Ser pessoa com deficiência atualmente significa possuir algum tipo de limitação, seja ela física, psíquica, motora ou sensorial. No mais, diante da existência de tal limitação faz-se veementemente necessário que para este grupo de pessoas, haja por parte de toda a sociedade um olhar mais atencioso, com a finalidade de propiciar condições e parâmetros dignos de vivência social. Promover o acesso das pessoas com deficiência aos direitos básicos, previstos na Constituição Federal brasileira é o primeiro passo para lhes garantir igualdade real. Nesse sentido, tendo em vista o alto número de pessoas com deficiência presentes em nossa sociedade, propõe-se o presente trabalho, com o intuito de verificar a existência e aplicabilidade de leis, bem como medidas sociais e políticas, cujo fim maior seja o de garantir acesso pleno das pessoas com deficiência a vida em sociedade, além de realizar profunda análise quanto a eficiência de meios aptos a lhes garantir igualdade de condições e acessibilidade no ato do exercício das atividades cotidianas. Para que seja possível o desenvolvimento da pesquisa em tela, serão consultados artigos em sites e doutrinas, além de levantamento de referencial teórico e estudo bibliográfico, aptos a fundamentar a real existência e aplicabilidade de leis específicas as pessoas com deficiências, que sejam de fato capazes de assegurar acessibilidade integral a todos.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência; Acessibilidade; Leis; Aplicabilidade.

1. INTRODUÇÃO.

Segundo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2006, aquele que possui alguma característica, seja sensorial, intelectual, física ou mental, que impeça ou dificulte sua interação perante a sociedade da qual faz parte, será considerada pessoa com deficiência.

No Brasil, atualmente o número de pessoas que possuem algum tipo de deficiência é aproximadamente de 25%, dessa forma o que se pode constatar é a existência de um grupo de minorias, que necessita de uma maior atenção por parte da sociedade como um

todo, seja na criação de leis que lhes confirmam direitos capazes de proporcionar igualdade, seja na execução de medidas eficazes de inclusão e acessibilidade.

Nos dias de hoje, o que se nota é que a luta das pessoas com deficiências, gira muito mais em torno da busca por autonomia e independência, do que propriamente pela inclusão social, uma vez que a questão fundamental, perante o mundo em que vivemos, está no fato de possibilitar a todos, sejam deficientes ou não, o poder de realizar todas as atividades do cotidiano com dignidade.

Considerando os dizeres acima transcritos, é importante que se verifique a existência de leis, decretos e resoluções, que digam sobre a garantia de direitos as pessoas com deficiência, bem como se estes têm sido efetivamente aplicados, surtindo os efeitos esperados perante a sociedade, possibilitando, portanto, a acessibilidade e inclusão social de todos.

Diante dessas questões, propõe-se o presente trabalho, o qual descrevera de forma clara quais os direitos assegurados em nosso ordenamento jurídico as pessoas com deficiência, sua aplicação e efetividade perante a sociedade, tudo isso através de explanação descritiva, com base em pesquisas bibliográficas, mediante dados expostos de forma qualitativa.

2. CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Em censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE), em 2010, foi constatado que cerca de 45,6 milhões de pessoas no Brasil, são portadoras de algum tipo de deficiência, seja em grau leve, moderado ou intenso, número este que corresponde a aproximadamente 25% da população brasileira.

A vista disso, e nos termos da Organização Mundial da Saúde (OMS), pessoa com deficiência é toda aquela que possui uma carência ou anomalia de estrutura psíquica, fisiológica ou anatômica, as quais podem se apresentar pelos mais diversos fatores biológicos.

Por conseguinte, do ponto de vista médico, até pouco tempo, o que se abordava era o fenômeno biológico e individual, enxergando a deficiência como um conjunto de impedimentos ocasionados por lesões ou alterações nas estruturas e funções corporais.

Caminhando para um momento mais atual da história, e na busca em promover a incorporação e a efetivação dos direitos as pessoas com deficiência, a fim de lhes proporcionar maior qualidade de vida e o alcance da igualdade formal e material, o artigo 2º da lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, de 06 de julho de 2015, diz que:

Art. 2º considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O presente excerto reproduz na íntegra o disposto no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em 2006:

Art. 1º Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Referida Convenção trouxe a expressão “pessoa com deficiência” para integrar nosso ordenamento jurídico e substituir expressão como “pessoa deficiente” e “pessoas portadoras de deficiência” (presente em várias passagens da Constituição Federal de 1988: arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 227, § 2º; 244, caput), além de “portadores de deficiência” (arts. 40, § 4º, I; 201, § 1º; 227, § 1º, II, CF/88).

Fato é que o conceito de pessoas com deficiência é algo ainda em evolução, e em construção seja no âmbito doutrinário, legislativo, médico ou social, tendo em vista a busca pelo rompimento as famigeradas expressões antigamente utilizadas como “pessoa portadora de necessidade especial”; “pessoa especial”; “pessoa incapaz”; “pessoas portadoras de deficiência”; “deficiente” entre outras tantas, que não possuem o condão de permitir uma real representatividade social,

A busca por uma nova expressão traduz a importância da linguagem no que concerne ao fato de se definir algo ou alguém perante toda a sociedade, vez que referida definição tem poder linguístico capaz de transmitir conhecimento e informação.

Nesse sentido, considerando a concepção biopsicossocial, dada a expressão “pessoas com deficiência”, resta determinado que a deficiência é algo inerente a pessoa que a possui, e não como algo que se carrega, nem se porta, ou se leva consigo, como se fosse algo sobressalente ou um objeto. Ademais, deficiência traz alguma sinonímia com doença e não é expressão antônima de eficiência, que de forma contrária representa ineficiência.

Em poucas palavras o que se vê é a deficiência como algo que transcende os impedimentos corporais e passa a ser atribuída à desvantagem social sofrida pelas pessoas em decorrência das barreiras ambientais.

Logo o conceito de pessoa com deficiência esta intimamente ligado as barreiras e as limitações sociais que impedem o desenvolvimento de tal pessoa nos atos da vida em sociedade.

No mais a definição de barreira encontra amparo nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 3º, IV:

IV – barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

Assim sendo, considerando o alto número de pessoas com deficiência no Brasil far-se-á necessário que a elas seja dado um tratamento de condições diferenciados, atendendo suas necessidades reais, quebrando barreiras e possibilitando o exercício pleno de seus direitos, não de forma discriminatória, mas sim inclusiva, respeitando o princípio da equidade ao passo de oferecer às pessoas o que elas precisam para que todos tenham acesso às mesmas oportunidades.

3. DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

3.1 UM PANORAMA LEGISLATIVO.

A busca por um sistema normativo de proteção às pessoas com deficiência não é algo novo, na verdade a preocupação já existe há um tempo, todavia o desenvolvimento de normas e conceitos jurídicos acontece de forma lenta e gradual.

A verdade é que em tempos remotos as pessoas com deficiência eram segregadas do restante da sociedade, não sendo consideradas como pessoas dignas de direitos qualquer, todavia a partir do século XX, mais especificamente após a segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), tal entendimento passou a ser revisto pela sociedade, de modo que a nação como um todo passou a buscar formas de incluir e amparar as então reconhecidas pessoas com deficiência.

Naquela época, a maioria dos soldados, sobreviventes do período pós guerra, sofriam com algum tipo de deficiência, principalmente física, devido às sequelas suportadas pelas lutas travadas, assim tendo em vista o objetivo das civilizações, qual seja,

o de se restabelecer após o fim da Guerra, as atividades econômicas e industriais precisavam ser retomadas, no entanto para que isso fosse possível, a mão de obra dos cidadãos era requisito essencial.

Ocorre que, como supramencionado, em sua maioria, os indivíduos eram agora, portadores de alguma necessidade especial, e isso acabava dificultando a execução dos mais simples serviços.

Desse modo, cresceu nas sociedades o interesse em promover meios eficazes capazes de garantir igualdade de condições para todos, assim o mundo como um todo, deu início a criação de leis, para prover igualdade de condições a toda a população, tornando a vida de todos acessível e equitativa, respeitando as limitações de cada indivíduo.

Posto isso, na década de 70 os direitos das pessoas com deficiência passaram a ser reconhecidos internacionalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU), através de duas declarações, quais sejam a “Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Mental” e a “Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes”, além disso, nos anos 90, novos direitos surgiram por meio da Declaração de Salamanca e, em 2001, por meio da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, (decreto Lei 3956 DE 2001).

Tais documentos trouxeram para o mundo os primeiros conceitos e princípios que deveriam ser seguidos e implementados a fim de que fosse alcançada a eliminação de discriminação das pessoas com deficiência, promovendo-lhes sua participação e inclusão na sociedade.

Em seguida o Governo do México apresentou a Resolução nº 56/168 da ONU, na qual se sugeria a constituição de uma comissão *ad hoc*, a fim de promover a elaboração de uma convenção sobre os Direitos Humanos das pessoas com deficiência. Dessa forma, entre 2002 e 2006 a sociedade civil participou ativamente da construção do primeiro instrumento internacional de garantia de direitos dentro da ONU, o qual em 13 de dezembro de 2006 tomará forma e passará a ser chamado de “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

A referida Convenção é atualmente o único tratado internacional de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional, por ter respeitado o rito disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Antes da promulgação do referido tratado internacional dos direitos das pessoas com deficiência, a inclusão dos deficientes se baseava em uma concepção individual, de modo que, a deficiência precisava ser adequada aos parâmetros da sociedade, diferentemente do que atualmente se compreende, já que desde o vigência deste, a preocupação da sociedade voltou-se a reafirmar os principais direitos humanos, reconhecendo o princípio da acessibilidade como base para um mundo justo, garantindo que os direitos dos deficientes é de obrigação de toda a população.

Pensando nisso, foi promulgado o Tratado Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2006 pela ONU, e a partir de então o Brasil começou a de fato se preocupar com a criação de leis e medidas para garantir a acessibilidade dos deficientes de forma igualitária em nossa sociedade.

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro passou a compreender os direitos das pessoas com deficiência como são hoje, somente e principalmente, com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ou popularmente conhecida Convenção de Nova Iorque (Decreto n. 6.949/2009).

Por conseguinte, em 2015, o Brasil promulgou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei n. 13.146/2015, o qual correspondeu a um grande marco social na garantia de direitos das pessoas com deficiência, principalmente quanto ao dever da sociedade de se preparar para atender as necessidades das pessoas com deficiência, e não o contrário, por meio de medidas de acessibilidade.

Ainda na luta pela garantia dos direitos das pessoas com deficiência, recentemente, foi promulgado o Tratado de Marraqueche pelo Decreto n. 9.522/2018, o qual busca combater a carência de livros, revistas e outros materiais em formato acessível para pessoas cegas ou com alguma deficiência visual, que possuam alguma dificuldade de percepção ou de leitura, ou com deficiência física que torne impossível sustentar ou manipular tais materiais.

Além disso, diversos outros instrumentos normativos estão presentes em nossa sociedade, como por exemplo a lei de cotas (n. 8.213 de 1991), e a lei da acessibilidade (n. 10.098 de 2000), sendo que ambas, somadas a todas as demais legislações, possuem o mesmo fim, qual seja, promover a proteção, inclusão e garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência.

3.1.1. ASPECTOS GERAIS DAS PRINCIPAIS NORMAS EXTERNAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3.1.1.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.

A declaração universal dos direitos humanos de 1948 foi um dos principais instrumentos internacionais a iniciar o processo de proteção aos direitos humanos.

Em síntese a presente declaração buscou consagrar um amplo conjunto de direitos inerentes a todo e qualquer ser humano independentemente de sua cor, raça, gênero, etnia, nacionalidade, sexo, idade, crenças ou condução pessoal ou social.

Logo em seu artigo 1º a declaração preconiza a dignidade da pessoa humana como principal fundamento a ser seguido pela nação, senão vejamos;

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

No transcorrer de todo o documento este traz a ideia de não discriminação, igualdade de direitos e condições, direito amplo de todos a vida, a dignidade, a liberdade e a segurança pessoal, sendo a todos assegurados proteção legal.

Das referidas disposições previstas na declaração supra, conclui-se que todos, sem exceção e em especial as pessoas deficientes gozam dos mesmos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais que os demais seres humanos, além de terem direito a adoção de medidas tendentes a promover sua autonomia.

3.1.1.2. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi assinada em 30 de março de 2007, sendo ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186/2008 e sua promulgação ocorreu através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A presente convenção funcionou como um dos instrumentos mais importantes para as pessoas com deficiência, pois foi a partir dela que ocorreu uma mudança definitiva nos paradigmas médicos e sociais em que pese o conceito e classificação das pessoas com deficiência, não como indivíduos “defeituosos” ou “incapazes”, mas sim como pessoas dignas de direitos e deveres, que necessitam, porém, de meios especiais para o exercício de suas atividades, bem como um maior cuidado e proteção.

Do teor desta convenção depreende-se que, a deficiência não reside intrinsecamente no indivíduo, mas é um fator de interação, podendo ser modificada de acordo com as barreiras existentes ou não no ambiente em que a pessoa com deficiência estiver inserida, eis a doutrina de Piovesan.

Na verdade, a essência geral da Convenção é evitar a discriminação dos deficientes, além de prever a necessidade de promoção de políticas públicas para que seja possível alcançar uma igualdade material entre todos os seres humanos, na medida em que cabe ao Estado e a toda a sociedade, a eliminação de todas as barreiras que impeçam a efetiva fruição dos direitos dos seres humanos.

3.1.2 ASPECTOS GERAIS DAS PRINCIPAIS NORMAS INTERNAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3.1.2.1 ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146 DE 2015)

O estatuto das pessoas com deficiência, publicado em 06 de julho de 2015, é fruto de diversas leis e decretos esparsos, que foram adequados aos termos da convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Referida norma, em linhas gerais buscou reproduzir na íntegra diversas disposições previstas na Convenção dos direitos das pessoas com deficiência, dando a seus dispositivos ainda mais clareza e efetividade.

Ademais traz certas complementações, de modo que apresenta conceitos concernentes à acessibilidade, desenho universal, tecnologia assistiva ou ajuda técnica, barreiras, adaptações razoáveis, elementos de urbanização, mobiliário urbano, dentre outros.

Estabelece ainda parâmetros específicos para os serviços de saúde relacionados às pessoas com deficiência, a serem prestados e respeitados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e pelas operadoras de planos e seguros privados de saúde.

Trata ainda de disposição expressa quanto a proibição de discriminação e violência contra a pessoa com deficiência, e além disso, busca assegurar direitos a educação (arts. 27 a 30); à moradia (arts. 31 a 33); ao trabalho (arts. 34 a 38); à acessibilidade (arts. 53 e 76.), dentre tantos outros congêneres as pessoas com deficiência.

De forma ampla referida norma além de retomar tópicos já debatidos e previstos em tratados internacionais, também se preocupa em esclarecer eventuais previsões, dispondo de forma direta em normas de eficácia imediata e programática, direitos das pessoas com deficiência.

3.2 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS PARÂMETROS NORMATIVOS DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

Na oportunidade fora apresentado, superficialmente, os principais instrumentos normativos que se ocupam quanto à previsão de direitos das pessoas com deficiência, não

restando dúvidas sobre a existência de medidas legislativas que disponham sobre inclusão, não discriminação e uma garantia legal de igualdade material e formal de tratamento as pessoas com deficiência perante as demais.

Veja, o ponto é que legislação não falta, no entanto, apesar destas não serem recentes, tiveram, e ainda tem, sua aplicabilidade e eficácia extremamente comprometida, seja em razão do desconhecimento destas pela população, pela falta de incentivo do poder Estatal por fazê-las cumprir, ou ainda pela não implementação real dos sistemas normativos em forma de políticas públicas.

Para Lopes, a fragilidade institucional do governo brasileiro e a capacidade das grandes corporações em destinar recursos em favor dos seus interesses, mesmo que para isso tenham que burlar a legislação, são dois fatores que contribuem para a ineficácia das leis, e mais, a falta de informações também funciona como um dos principais fomentadores do preconceito, sendo que combatê-lo é essencial para a inclusão das pessoas com deficiência em nossa sociedade.

Além disso, De Marque e Brunello, acreditam que somente a disseminação de informações é capaz de garantir o desenvolvimento social, logo, o que se vê é a necessidade de atuação do poder público e privado, em conjunto, a fim de que sejam capazes de disseminar informação e conhecimento a todos, para que assim possam se preparar para atender as necessidades especiais de cada um, bem como para que os direitos das pessoas com deficiência saiam do papel e passem a ser aplicados.

4. MECANISMOS DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

4.1. LEGISLAÇÕES E NORMAS DIRIGIDAS A EFICÁCIA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

Como debatido acima, há uma grande gama de direitos das pessoas com deficiência espelhados em todo o ordenamento jurídico, seja no âmbito internacional ou nacional.

Ademais, a existência de legislações sobre a proteção aos direitos das pessoas com deficiência é uma medida importante para garantir que essas pessoas tenham acesso igualitário e digno à educação, emprego, serviços de saúde e participação na sociedade em geral.

Todo o ordenamento jurídico se baseia na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, um tratado internacional adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2006 e ratificado por muitos países em todo o mundo. A Convenção reconhece que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades

fundamentais que qualquer outra pessoa, e que esses direitos devem ser protegidos e promovidos.

Nesse sentido, a legislação de proteção aos direitos das pessoas com deficiência se dispõe a garantir a acessibilidade em espaços públicos e privados, incluindo edifícios, transporte e tecnologia da informação, bem como proíbem a discriminação com base na deficiência em áreas como o emprego, a educação, a saúde e o acesso à justiça.

Além disso, o sistema jurídico fica responsável por prever a criação de órgãos governamentais e ou outras instituições para promover e monitorar a implementação dos direitos das pessoas com deficiência.

A existência de uma legislação forte de proteção aos direitos das pessoas com deficiência é fundamental para garantir que essas pessoas tenham igualdade de oportunidades e acesso aos serviços essenciais, bem como para combater o preconceito que muitas vezes as cercam.

No Brasil, existem várias leis e regulamentações que protegem e promovem os direitos das pessoas com deficiência como a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual estabelece diretrizes para a inclusão e a igualdade de oportunidades para essas pessoas em diversas áreas, como educação, trabalho, saúde, acessibilidade e transporte.

Há também a Lei de Cotas para Pessoas com Deficiência (Lei nº 8.213/1991), que determina que as empresas com 100 ou mais funcionários devem preencher uma verificação de suas cargas com pessoas com deficiência.

Na busca pela efetividade dos direitos das pessoas com deficiência, garantindo-lhes ampla acessibilidade e igualdade de condições no exercício de todas as atividades em sociedade as normas de Acessibilidade (ABNT NBR 9050), ficam responsáveis por estabelecerem as diretrizes para a acessibilidade de pessoas com deficiência em edificações, móveis, espaços urbanos e transporte, incluindo regras para a sinalização, rampas de acesso, elevadores, banheiros adaptados e tantas outras medidas.

Outra previsão importante se pauta na Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (Resolução nº 4/2009), na forma que essa resolução determina diretrizes para a educação inclusiva no Brasil, com foco na garantia do acesso e permanência de alunos com deficiência nas escolas regulares .

O Programa Nacional de Acessibilidade (Decreto nº 9.451/2018), também é medida que se impõe para promover a acessibilidade e a inclusão das pessoas com deficiência em

todas as áreas da sociedade, com ações em diversas áreas, como turismo, cultura, esporte e lazer.

Essas são apenas algumas das legislações e normas vigentes no Brasil que visam proteger e promover os direitos das pessoas com deficiência, no mais é importante ressaltar que o cumprimento dessas leis é fundamental para garantir a igualdade de oportunidades e a inclusão dessas pessoas na sociedade, uma vez que a mera previsão de direitos em uma folha de papel é completamente ineficaz.

4.2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO.

Na busca pela inclusão, muitos governos adotaram políticas públicas para promover a participação das pessoas com deficiência na sociedade, como um todo, seja por meio de programas de emprego, educação inclusiva e até serviços de saúde especializados.

A princípio, a verdade é que a existência de qualquer política pública voltada para a inclusão das pessoas com deficiência em sociedade se pauta na existência prévia de um regulamento jurídico, a partir do qual se funda qualquer ação governamental.

De pleno, às políticas públicas correspondem a totalidade da gestão pública com o intuito de solucionar problemas sociais setoriais, identificando e planejando soluções para os problemas através de ações estratégicas com a participação do Estado e da sociedade.

As políticas públicas podem ser de diferentes tipos: política social; política macroeconômica; política administrativa; e política específica ou setorial, a qual trata de direitos humanos, bem como instituídas das mais diversas maneiras.

Fato é que independentemente do seu tipo, todas elas guardam consigo um único propósito e objetivo, qual seja, a promoção da inclusão das pessoas com deficiência, oferecendo-lhes meios e modos capazes de eliminar as barreiras que, eventualmente, as impeçam de se desenvolver.

Nesse sentido o programa INCLUIR, é uma iniciativa do Governo Federal que busca promover a inclusão social e produtiva das pessoas com deficiência por meio de ações de formação, qualificação e empregabilidade nas instituições federais de ensino superior, por meio da criação de núcleos de acessibilidade dentro dessas instituições, garantindo a integração da pessoa com deficiência a vida acadêmica.

Outra medida é a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, que serve como forma de orientação dos sistemas de ensino para garantir acesso ao ensino regular, com participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados do ensino, bem como a transversalidade da modalidade de educação especial,

desde a educação infantil até a educação superior, por meio de um atendimento educacional especializado com a formação de professores para o atendimento educacional especializado e demais profissionais da educação para a inclusão e a participação da família e da comunidade.

Há ainda o Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto inclusive no texto constitucional, que de outro modo, oferece uma renda mensal no valor de um salário-mínimo para pessoas idosas com mais de 65 anos e pessoas com deficiência que não possuem meios de subsistência.

Mais recentemente, em 2020, o Governo Federal lançou o projeto “Brasil Inclusão”, iniciativa que busca regulamentar, por meio de uma plataforma de cadastro único, medidas no campo da empregabilidade e outras ações beneficiando as pessoas com deficiência.

Nessa mesma toada, no início de 2022 foi lançado também pelo Governo Federal, o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro – Inclusão), ferramenta que busca minimizar a burocracia, dar maior eficiência e reduzir custos proporcionando, acima de tudo, mais e melhor acesso de pessoas com deficiência a políticas públicas.

Essas são apenas algumas das medidas existentes em todo o Brasil para promover a eficácia dos direitos das pessoas com deficiência. É importante lembrar que cada país tem sua própria legislação e políticas, e que as medidas mais adotadas podem variar dependendo das necessidades e circunstâncias locais.

Outro ponto relevante a se destacar é que não necessariamente a existência de referidas políticas de inclusão, correspondem a minimização das barreiras que impedem o convívio das pessoas com deficiência em sociedade. Nesse sentido, se discutirá, ainda neste trabalho, como estas têm sido aplicadas e se são eficazes de fato.

4.3. INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS COMO FORMA DE FACILITAÇÃO A ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

Há muito se discute quanto a inclusão e a acessibilidade das pessoas com deficiência, no entanto, na atualidade com todo o avanço tecnológico e desenvolvimento informático existente, não basta olhar para os deficientes com um grupo de minorias que precisa ser aceito na sociedade, e acreditar que políticas governamentais e campanhas de não discriminação serão suficientes.

A verdade é que a tecnologia, seja como for, tem um papel fundamental na vida das pessoas com deficiência, isso porque graças a ela atualmente contamos com ferramentas e instrumentos de emissão de sons e imagens, plataformas de videoconferência para interprete de libras, entre tantas outras capazes de propiciar maior independência e liberdade as pessoas com deficiência na execução de suas tarefas diárias.

A tecnologia tem sido responsável por garantir maior qualidade de vida às pessoas com deficiência, proporcionando-lhes maiores facilidades de locomoção, comunicação, interação social e independência perante a sociedade.

Nesse contexto assegura o advogado e instrutor do IN Movimento Inclusivo, César Eduardo Lavoura Romão:

“A tecnologia nos empoderou, permitindo que as pessoas com deficiência, historicamente segregadas, tivessem maior visibilidade, abrissem seus espaços de fala e organizassem seus movimentos em prol da inclusão nos diversos segmentos sociais. Também é notável o desenvolvimento de tecnologias assistivas ampliando a acessibilidade em todas as suas dimensões, especialmente arquitetônica e comunicacional”.

Na criação, desenvolvimento e aplicação de instrumentos tecnológicos deve-se observar de pleno a necessidade de cada indivíduo de acordo com o contexto em que este se inclui, já que em um conceito de multiplicidade, as pessoas com deficiência não seguem um padrão, e têm necessidades distintas.

A verdade é que nem toda pessoa com deficiência goza dos mesmos impedimentos e limitações, pelo contrário, cada indivíduo é único, bem como cada deficiência, assim, ainda que duas pessoas sejam portadoras de deficiência visual, por exemplo, pode ser que cada uma delas tenha necessidades de atendimento, cuidado e desenvolvimento diferentes, a depender da atividade que se quer realizar, do contexto social em que vive, da sua idade, grau de desenvolvimento etc.

A tecnologia assistida, portanto, funciona como um meio moderno de quebrar barreiras, diminuir limites e dar independência plena a qualquer pessoa, não só as pessoas com deficiência, mas a toda a população num geral.

Em razão disso, cada vez mais há profissionais preocupados em estudar e desenvolver formas de aplicação de instrumentos tecnológicos eficientes na eliminação de barreiras e hábeis ao uso das pessoas com deficiência.

De mais a mais, Germano di Polto, engenheiro e sócio fundador da Almaroma, empresa que tem como foco a inclusão social no mercado de trabalho, explica que “A tecnologia vem proporcionando uma melhoria na vida de pessoas com deficiência e outros grupos com limitações de mobilidade ou mesmo de acesso aos meios tradicionais de comunicação e informações”.

A tecnologia assistida se manifesta das mais variadas formas em nosso cotidiano, seja nos semáforos de trânsito sonoros, rampas de acesso e até no corretor automático do teclado, além de Softwares ampliadores de tela e os elevadores nos ônibus.

Esses são exemplos pequenos e sutis, que todos conhecem, ou pelo menos deveriam conhecer, e que auxiliam não só as pessoas com deficiência, mas toda a coletividade em geral, inclusive Marcelo Sales, UX designer e especialista em acessibilidade digital, diz que todas as tecnologias devem ser desenvolvidas em termos de inclusão para garantir uma cultura não excludente.

Mais especificadamente na área da educação desde 2010, com a instituição do Programa de Implantação de Salas de Recursos Multifuncionais, passou a ser disponibilizados para as escolas públicas de ensino regular, um conjunto de equipamentos de informática, mobiliários, materiais pedagógicos e de acessibilidade para a organização do espaço de atendimento educacional especializado.

Além disso, existem no mercado atualmente diversas outras ferramentas tecnológicas de acessibilidade. Vejamos algumas delas:

Be My Eyes: O aplicativo permite que qualquer um possa “emprestar” sua visão através da câmera do celular, conectando pessoas com deficiência visual a voluntários. Por meio da fala e imagem, problemas cotidianos, como verificar a data de validade de uma caixa de leite, podem ser resolvidos rapidamente.

Guia de Rodas: O app mapeia estabelecimentos comerciais com acessibilidade para pessoas que utilizam cadeira de rodas ou tenham mobilidade reduzida. A ideia é que os usuários observem o ambiente e relatem a existência de rampas ou a largura da porta, disponibilizando a informação para todos.

TapTapSee: O aplicativo utiliza a câmera do dispositivo (tablet ou celular) e as funções do VoiceOver para tirar uma foto ou gravar um vídeo de qualquer coisa e identificá-lo em voz. É desenvolvido para pessoas com deficiência visual e muito útil para ler rótulos de produtos, bula de remédio, entre outras atividades do dia a dia.

Seeing AI: Outro aplicativo gratuito que utiliza a câmera do smartphone e inteligência artificial para descrever pessoas, textos e objetos para quem não enxerga ou tem baixa visão. Usa a visão computacional e redes neurais para identificar objetos, cores, textos, cenas e até mesmo características físicas e expressões faciais de uma pessoa. Pode ser utilizado para organizar documentos em pastas e reconhecer as legendas das fotos nas redes sociais.

Head mouse: Mouse virtual desenvolvido especificamente para pessoas com problemas de mobilidade. Pessoas que não tenham movimentos nos braços podem usar

o computador e navegar pela internet. É acionado com movimento, como por exemplo, o piscar dos olhos.

ESSENTIAL Accessibility: Tecnologia assistiva para computadores pessoais que auxilia os usuários com dificuldades de controlar o mouse, de usar o teclado ou de ler na tela. Funciona como um navegador com recursos de acessibilidade, permitindo, por exemplo, controlar o cursor com movimentos do rosto e comandos de voz.

SofiaFala: O software ajuda a aprimorar a comunicação verbal daqueles que têm dificuldade no desenvolvimento da fala, como pessoas com síndrome de Down. Capta sons e imagens, produzidos durante a execução do exercício fonoaudiológico, e depois os analisa, oferecendo dois tipos de respostas sobre a performance do usuário: uma lúdico-educacional, com orientações para o paciente e/ou o responsável pelo treino; outra, com dados métricos e estatísticos para o fonoaudiólogo avaliar, acompanhar e orientar a evolução clínica do usuário.

Expressia: Aplicativo de comunicação que apoia o diálogo de pessoas não verbais. É possível criar cartões com figuras, fotos, texto, voz e músicas, e agrupá-los em pranchas temáticas de acordo com o contexto da comunicação. Em seguida é preciso tocar nos cartões em sequência para compor frases e expressar ideias e pensamentos. Também pode ser utilizado por profissionais com alunos ou pacientes. A função Estimulação Cognitiva cria atividades personalizadas de associação, ordenação ou contação de histórias.

TelepatiX: O app ajuda na comunicação de pessoas com limitações de movimento severos, através de um alfabeto percorrido por uma varredura sequencial de linhas e colunas. O próprio usuário consegue escolher a velocidade dessa varredura. Tocando em qualquer parte da tela, a pessoa seleciona linhas e colunas com as letras. A seleção também pode ser feita pelo piscar dos olhos por meio da utilização de outros acessórios. O app sugere palavras a cada letra escolhida e, depois de escrever, é possível ter a frase lida.

AVA: O aplicativo realiza a transcrição de áudio para textos. A ideia é possibilitar que pessoas com perda auditiva possam participar de conversas com ouvintes, acompanhando as falas de cada um por meio dos textos. É necessário apontar o celular para quem está falando e as frases irão aparecer na tela.

Aplicativos, instrumentos e ferramentas não faltam, no entanto, assim como as políticas públicas, o que se precisa identificar é se referidas tecnologias são ofertadas à população de forma eficaz, ou se apenas existem em teoria.

5. A REALIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS SUAS PRINCIPAIS DIFICULDADES.

Atualmente, a preocupação social para com as pessoas com deficiência e sua respectiva inclusão na vida em sociedade tem se intensificado mais e mais, seja no âmbito legislativo, político, tecnológico, executivo entre outros.

Os diplomas normativos, como já apresentados, buscam trazer para o mundo uma visão mais digna para a pessoa com deficiência, mostrando que esta não é um peso ou um problema para a sociedade, evidenciando que na verdade a deficiência de cada ser não passa de uma limitação individual.

Noutro giro, muito embora, as previsões legislativas sejam vastas, a sociedade ainda, não se encontra apta para entender a deficiência como ela realmente é, pois o preconceito é o que prevalece, de modo que as pessoas, em geral, continuam enxergando os deficientes como um fardo, como seres incompletas e defeituosas, impedindo, na prática sua inclusão.

Cada pessoa com deficiência possui suas dificuldades e necessidades especiais, é verdade, seja pelo grau ou qualidade de sua deficiência, necessitando de meios e instrumentos mais específicos para que possam realizar simples funções do dia a dia, que facilmente são cumpridas por outros indivíduos, aqueles tidos como "normais".

A realidade é que o grande empecilho para o desenvolvimento físico, emocional e psicológico, das pessoas com deficiência, vai muito além do preconceito pessoal de cada um, de modo que este também se esconde nas barreiras existentes e espelhadas por toda a sociedade.

Pegar um ônibus, ir ao médico, a escola, ao cinema, ao banco ou qualquer outro local, pode parecer fácil para muitos, porém todas as vezes que um deficiente precisa se dirigir a qualquer um desses lugares, este tem que arcar com inúmeras preocupações.

O deficiente físico precisa verificar se há transporte adequada e que lhe comporte, bem como rampas de acesso e banheiros próprios, já o deficiente visual precisa saber se há sinalizações e escritos em braile (sistema de escrita utilizado para garantir que pessoas cegas ou com baixa visão possam ler), assim como o surdo/mudo precisa se certificar que em cada um desses ambientes tenha ao menos um profissional capacitado, que saiba usar a língua de sinais (LIBRAS – língua usada pela comunidade de surdos no Brasil).

Nesse sentido, o que vemos é que para garantir a independência das pessoas com deficiência as barreiras e o preconceito, seja como forem, precisam ser quebrados, destruídos ou ao menos minimizados, a fim de concretizar a inclusão de todos.

Falamos aqui de toda e qualquer forma de barreira em seu sentido amplo, uma vez que as pessoas com deficiência, enfrentam dificuldades desde a sua locomoção em vias públicas, em decorrência de calçadas irregulares, até o acesso a hospitais, universidade,

escolas, órgãos públicos e privado, seja em qualquer setor, pela falta de estrutura correspondente a sua limitação.

A maioria dos ambientes, sejam públicos ou privados, não contam com rampa de acesso, corredores largos, banheiros apropriados, estacionamentos amplos, e muito menos profissionais especializados para o atendimento das pessoas com deficiência.

Pela falta de acessibilidade, a pessoa com deficiência se vê cada vez mais excluída da vida social, pois ela sabe que toda vez que desejar sair, ir a um restaurante, uma loja, feira, supermercado, shopping center, cinema, teatro ou qualquer outro, terá de enfrentar inúmeros empecilhos, seja na sua locomoção pelas ruas, dentro dos estabelecimentos, pela falta de sinalização, indicação de semáforos sonoros, banheiros apropriados, e até profissionais competentes em seu atendimento.

Ora, falar em acessibilidade corresponde a enxergar formas de quebrar as barreiras e romper os limites, sejam eles físicos, comunicacionais, visuais de locomoção ou qualquer outro, nestes termos, Barcellos (2012, p.177), afirma o caráter combatente da acessibilidade quanto às barreiras sociais:

“[...] a adoção de um conjunto de medidas capazes de eliminar todas as barreiras sociais - não apenas físicas, mas também de informação, serviços, transporte, entre outras - de modo a assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, às condições necessárias para a plena e independente fruição de suas potencialidades e do convívio social.”

A acessibilidade passa a ocupar a posição de maior direito específico das pessoas com deficiência, sendo que por meio dela busca-se alcançar a autonomia e a eliminação das barreiras sociais, de modo que sem acessibilidade tal grupo de indivíduos não possui a condição de usufruir dos seus direitos.

Para Barcellos (2012, p.177), pode-se concluir que a acessibilidade é um direito instrumental, pois dá acesso aos demais direitos:

“[...] é o mecanismo por meio do qual se vão eliminar as desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, pois dela depende a realização dos seus demais direitos [...]. A acessibilidade, nesse sentido, é uma pré-condição ao exercício dos demais direitos por parte das pessoas com deficiência. Sem ela não há acesso possível às pessoas com deficiência. Por isso a acessibilidade é tanto um direito em si quanto um direito instrumental aos outros direitos.”

Os acadêmicos Guilherme Henrique e Jackeline Alves realizaram diversas pesquisas para identificar as principais dificuldades de acesso aos serviços de saúde no Brasil enfrentadas pelas pessoas com deficiências (PcDs) físicas, auditivas e visuais. A teor disso:

“os estudos mostram que as principais dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência são as barreiras arquitetônicas, as barreiras comunicacionais e as barreiras atitudinais. As dificuldades, estão diretamente relacionadas com a necessidade de se pensar em maneiras para a retirada dos obstáculos referentes à mobilidade nos serviços de saúde, garantindo o cumprimento das legislações e normas vigentes a respeito das condições adequadas de acessibilidade.”

Em que pese as barreiras de locomoção, ligadas diretamente a estrutura arquitetônica de todo o ambiente, como escadas, vias públicas íngremes, corredores estreitos, entre outros, os estudos apontam que com relação as pessoas com deficiência física, as limitações chegam a 80%, já com relação as dificuldades enfrentadas pelos deficientes auditivos estas totalizam 16,67%, e ainda chegam em 66,67%, quando se trata de pessoas com deficiência visual.

Na tocante as barreiras comunicacionais nos espaços dirigidos a atendimento na área da saúde, estas totalizam 100% de dificuldades para as pessoas com deficiência visual ou auditiva, sendo que a incomunicabilidade é geral, o que assusta, e muito, a farmacêutica Jackeline Alves, que destaca que “um sistema sem comunicação impossibilita completamente o acesso de pessoas com deficiência, pois a compreensão e informação é necessária para acompanhar cada caso”.

Ademais, um outro desafio das pessoas com deficiência esta ligado ao acesso ao transporte público adaptado, necessário principalmente para as pessoas com mobilidade física reduzida, já que na maioria das cidades este é quase que inexistente, e quando existe a falta de treinamento do profissional (motorista), para a ativação do acento adaptado e a impaciência dos demais cidadãos, acabam por envergonhar, intimidar e até impedir o deficiente de usá-lo.

Não só as barreiras estruturais são fatores impeditivos da inclusão e acessibilidade dos deficientes, como também o preconceito no olhar e na atitude de cada indivíduo revela e escancara a discriminação e a falta de empatia, já que em sua maioria, as pessoas não se importam em prestar auxílio e serem solícitas para com os deficientes.

A vista disso a luta das pessoas com deficiência gira muito mais em torno de buscar sua autonomia e independência do que literalmente a inclusão social, até porque, o capacitismo que é conhecido como um tipo de preconceito impede que as pessoas com

deficiência vivam sua vida de forma normal, como todas as outras pessoas, pois os gatilhos mentais incentivam a pessoa a soltar algumas frases como “nossa, mesmo com deficiência você vive uma vida normal”.

As pessoas ainda possuem um olhar muito distorcido e no fundo preconceituoso sobre a vida e as ações das pessoas com deficiência, e acabam dizendo coisas que ao invés de soar como um elogio, na realidade não passa de um enorme desdém, e uma grande diminuição da capacidade da pessoa com deficiência que pode pensar “ué, só porque eu tenho uma deficiência eu não posso ter uma vida normal”.

No mais a estrutura das cidades, e de todo o espaço social, nunca foi pensado para atender pessoas com deficiência, inabilitando-as para seu acesso regular, causando assim diretamente uma discriminação em massa e uma privação de seus direitos a liberdade de locomoção.

Essas pessoas, são discriminadas, excluídas e deixadas de lado em todas as esferas sociais, tendo cada uma delas que lidar com inúmeras dificuldades quanto ao atendimento de direitos básicos de locomoção, comunicação e acesso aos principais serviços, seja na área da educação, da saúde, do lazer entre outras.

6. DAS FORMAS PARA MELHORAR A QUALIDADE DE VIDA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

A esfera normativa em favor dos direitos das pessoas com deficiência é ampla, no entanto, não basta a edição de decretos, leis e regulamentos, para combater a discriminação social e promover a inclusão das pessoas com deficiência, muito pelo contrário é necessário muito mais que isso, é imprescindível que essas leis saiam do papel e caminhem para a vida prática.

O primeiro passo é conscientizar todos os cidadãos sobre a importância de incluir as pessoas com deficiência na vida cotidiana, sem discriminação, respeitando-as em todas as esferas e setores, de forma ampla e integral de modo a possibilitar o exercício de toda e qualquer atividade.

Para Samuel Sestaro, vice-diretor da Federação Down, a *“inclusão de pessoas com deficiência é a única forma de eliminar a discriminação e valorizar a diversidade”*.

A conscientização pela inclusão começa com a realização de políticas públicas, capazes de demonstrar que existem pessoas com deficiência em toda a sociedade, e que estas necessitam de um certo cuidado especial.

Ademais, é necessário eliminar barreiras e quebrar limites, para que então os indivíduos, tenham acesso integral à educação, saúde, trabalho, lazer, cultura, e a todos os demais direitos constitucionalmente previstos.

O primeiro passo para a eliminação das barreiras que impedem a acessibilidade começa dentro de cada um de nós, já que cada um deve passar a ter mais consciência e respeito para com as pessoas com deficiência. Nas palavras de Mariana Moreno *"não somos iguais, cada ser humano possui suas peculiaridades e diferenças, precisamos sair da nossa bolha e aceitar quem não se parece conosco"*.

A empatia é a palavra-chave para a minimização da discriminação, afinal, pensemos um pouco, se as pessoas não enxergassem, como no conto de H. G. Wells (O país dos cegos) ou na obra-prima de José Saramago (Ensaio sobre a cegueira), como seria nossa paisagem urbana? Se as pessoas não se locomovessem com as próprias pernas, como seria a questão da acessibilidade nas grandes e pequenas cidades?

Assim, talvez seja necessário modificar radicalmente nossa forma de pensar a partir dessas "normalidades alternativas" para criar soluções realmente plausíveis e socialmente inclusivas de cidadãos que não se enquadrem estritamente naquela "normalidade-padrão", cidadãos estes que possuem necessidades especiais que precisam de satisfação para que alcancem a autonomia necessária ao exercício de seus direitos.

A inclusão é um dever social, e compete a todos promovê-la, nesse sentido o poder público deve além de aditar leis, ampliar cada vez mais, a aplicação de políticas públicas em favor dos deficientes, bem como promover eventos e movimentos de conscientização para que toda a população possa se manter informada, sobre seus deveres e seu papel na eliminação de barreiras que de alguma forma impeçam a acessibilidade dos deficientes.

No mesmo sentido, o poder público, as entidades e as empresas privadas, conforme sua competência e grau de atuação, não podem deixar de oferecer uma estrutura adequada, além de destinar investimentos, para as pessoas com deficiência poderem acessar todos os hospitais, escolas, teatros, museus, bibliotecas, bem como todo prédio ou ambiente, com dignidade.

No mais, outro ponto indispensável é o acesso à informação. As pessoas precisam se informar sobre suas obrigações e modo de agir, profissionais especializados e capacitados devem ocupar e acompanhar todas as instalações e serviços oferecidos ao público em geral, para garantir que as pessoas com deficiência tenham acesso irrestrito a qualquer um desses.

Não obstante, não basta as ações do poder público, das empresas ou de quem quer que seja, se dentro de cada um não houver o sentimento de respeito, e a vontade de se

pôr em prática todas as medidas, meios e instrumentos eficazes a promoção da inclusão social.

De mais a mais, a inclusão é um trabalho em conjunto, que exige esforço, social, político, legislativo, empresarial e principalmente pessoal, pois quebrar barreiras e minimiza limitações, são tarefas que só podem ser efetivadas, se todos cooperarem entre si. E assim, só assim com muito esforço, as pessoas com deficiência poderão de fato levar uma vida “normal”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAS.

A presente pesquisa buscou, de forma exaustiva, discorrer sobre quem são as pessoas com deficiência, como estas se encontram em sociedade, bem como, qual o aparato legislativo a elas aplicável, além de quais as medidas, existentes, e realmente difundidas em favor da inclusão social;

Em linhas gerais, a luta pela inclusão e pelos direitos das pessoas com deficiência não pode parar, estas já conquistaram grandes melhorias, porém a sociedade como um todo precisa evoluir, e muito, para que só então possamos dizer que as pessoas com deficiência gozam de cada um de seus direitos na íntegra.

A verdade é que programas de incentivo e conscientização já existem, muito embora precisem continuar sendo divulgados, já que seu alcance ainda é muito ínfimo, e a maioria das pessoas sequer tem noção de quem são as pessoas com deficientes, quais seus direitos, suas limitações e como enfrentá-las.

No mais, de nada adianta a existência de políticas públicas, se estas não são divulgadas e aplicadas, bem como em nada auxilia a tecnologia assistida se as pessoas que dela mais precisam sequer sabem de sua existência.

No mesmo cenário, romper barreiras de locomoção, vai muito mais além da instalação de uma ou duas rampas de acesso espalhadas nos ambientes, públicos ou privados, abertos ou fechadas, já que de nada adiante um ambiente minimamente projetado com acessibilidade, se não há profissionais capacitados para auxiliar os deficientes em sua circulação, e pior, na fruição do serviço ora oferecido naquele local, seja um hospital, onde as pessoas precisam de atendimento, seja em um teatro, onde vão para se divertir.

A acessibilidade é algo muito maior e mais complexo, que merece um olhar atento e singular, não bastando meras atitudes que se dizem inclusivas, como a realização de

esporádicas campanhas de conscientização, ou a criação de tecnologias e instrumentos de acessibilidade, se estes não são aplicados.

As pessoas com deficiência possuem uma vasta proteção legislativa, de outra forma, há ainda muito o que se conquistar, já que as limitações, dificuldades e barreiras na vida dos deficientes continua, o que os impede de exercer a maioria de seus direitos, permanecendo assim como pessoas incapazes de levar uma vida normal. Isto posto, eis a importância da inclusão e da tomada de todas as medidas quanto elencadas neste trabalho, de forma uniforme e eficaz a todos, sem qualquer distinção, discriminação e/ou exclusão.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL (Estado). Constituição (2015). Lei nº 13146, de 06 de julho de 2015. **Institui A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência (Estatuto da Pessoa Com Deficiência)**.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

FERRAZ, C. V. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

LAQUALE, Adonis. **A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade**. Disponível em: <https://adonislaquale.jusbrasil.com.br/artigos/469572573/a-pessoa-com-deficiencia-e-o-direito-a-acessibilidade>. Acesso em: 27 ago. 2022.

MADRUGA, S. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MARTINS, Beatriz Cukierkorn *et al.* **A história dos direitos das pessoas com deficiência**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitos-das-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 05 set. 2022.

PEREIRA, Willian *et al.* **Acessibilidade: Entender a aplicabilidade da lei de acessibilidade e os consequentes desafios para o ambiente escolar**. Disponível em: <https://direcionalescolas.com.br/acessibilidade-entender-aplicabilidade-da-lei-de-acessibilidade-e-os-consequentes-desafios-para-o-ambiente-escolar/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

RÉGIS, Arthur H. P.; CRUZ, Gitia Albuquerque da; GONCALVES, Jonas Rodrigo. O DIREITO DA INCLUSÃO SOCIODIGITAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Revista Processus**: de políticas públicas e desenvolvimento social, [S.L.], v. 2, n. 4, p. 01-17, 18 jul. 2020. Zenodo. <http://dx.doi.org/10.5281/ZENODO.3951140>. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/ppds/article/view/217>. Acesso em: 05 set. 2022.

SANTOS, Vany Oliveira dos. **O Acesso das Pessoas com Deficiência aos Direitos Fundamentais**: uma reflexão à luz da constituição federal. Uma Reflexão à Luz da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2018/04/O-Acesso-das-Pessoas-com-Defici%C3%Aancia-aos-Direitos-Fundamentais-Uma-Reflex%C3%A3o-%C3%A0-Luz-da-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Federal.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

SILVA, Adriana Monteiro da. **A Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência: histórico e considerações iniciais**. Disponível em: <https://www.adrianamonteiroadv.com.br/single-post/2020/02/18/a-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-os-direitos-da-pessoa-com-defici%C3%Aancia-hist%C3%B3rico-e-considera%C3%A7%C3%B5es-iniciais>. Acesso em: 05 set. 2022.

TORQUES, Ricardo. **ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ESQUEMATIZADO**. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2019/06/18130323/Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-Esquemalizado-vp.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

UERREIRO, Bessa Rebello; MARIA, Elaine. A acessibilidade e a educação: um direito constitucional como base para um direito social da pessoa com deficiência. **Revista Educação Especial**, Santa Maria, v. 25, n. 0, p. 217-232, Não é um mês valido! 2012. Trimestral. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=313127405004>. Acesso em: 28 ago. 2022.

VAILATTI, D. B.; OLIVEIRA, E. D. S.; SODRÉ, H. W.; PEIXOTO, P. H. L.; BARONOVSKY, R. S. **Direitos das Pessoas com Deficiência para Provas de Concursos**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

ASSUMPÇÃO, Tomás de Aquino. **Políticas públicas de inclusão e acessibilidade: um estudo sobre o serviço público brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5136, 10 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58014/politicas-publicas-de-inclusao-e-acessibilidade>. Acesso em: 18 abril. 2023.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (2021). **Qual é a definição de pessoa com deficiência?**. Sementes da Inclusão. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/acessibilidade/publicacoes/sementes-da-inclusao/qual-e-a-definicao-de-pessoa-comdeficiencia#:~:text=Pessoa%20com%20defici%C3%Aancia%20%C3%A9%20aquela,c ondi%C3%A7%C3%B5es%20com%20as%20demais%20pessoas.> Acesso em: 16 abril. 2023.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Programa de Acessibilidade na Educação Superior.** Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/programa-incluir#:~:text=O%20Programa%20de%20Acessibilidade%20na,de%20ensino%20superior%20\(Ifes\)](http://portal.mec.gov.br/programa-incluir#:~:text=O%20Programa%20de%20Acessibilidade%20na,de%20ensino%20superior%20(Ifes)) Acesso em: 14 abril. 2023.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva.** Brasília, DF: Secretaria de Educação Especial, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 14 abril. 2023.

IBGE. **divulga estudo inédito sobre deficiência e desigualdades sociais no Brasil.** (2021, agosto 24). CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/ibge-divulga-estudo-inedito-sobre-deficiencia-e-desigualdades-sociais-no-brasil/> Acesso em: 14 abril. 2023.

CLP - Centro de Liderança Pública. **Políticas públicas para a inclusão de pessoas com deficiência.** Disponível em: <https://www.clp.org.br/politicas-publicas-para-a-inclusao-de-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 16 abril. 2023.

ESMERALDO, Luana. **Políticas públicas de inclusão e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Jusbrasil, 5 de maio de 2021. Disponível em: <https://luanaesmeraldo.jusbrasil.com.br/artigos/1285990384/politicas-publicas-de-inclusao-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 25 abril de 2023.

Fundação Telefônica Vivo. **Tecnologia Assistiva: 11 ferramentas que dão acessibilidade a pessoas com deficiência.** Disponível em: <https://www.fundacaotelefonicavivo.org.br/noticias/tecnologia-assistiva-11-ferramentas-que-dao-acessibilidade-a-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

FREIRE, Tamyres. **Tecnologia inclusiva: inovações que ajudam pessoas com deficiência.** Futurecom Digital Week, 2020. Disponível em: <https://digital.futurecom.com.br/transformacao-digital/tecnologia-inclusiva-inovacoes-que-ajudam-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 25 de abril. 2023.

SIGNUMWEB BUSINESS. **Tecnologia na inclusão: como a inovação tem ajudado na acessibilidade.** 2021. Disponível em: <https://blog.signumweb.com.br/negocios/tecnologia-na-inclusao/>. Acesso em: 07 maio. 2023.

NATHALIA, Nicolly. **Acadêmicos mapeiam dificuldades de acesso aos serviços de saúde por pessoas com deficiência.** Disponível em: <https://jornal.ufg.br/n/148645-academicos-mapeiam-dificuldades-de-acesso-aos-servicos-de-saude-por-pessoas-com-deficiencia#:~:text=Apesar%20disso%2C%20o%20estudo%20realizado,investimento%20e%20infraestrutura%2C%20entre%20outros..> Acesso em: 05 maio 2023.

M, Jessica. **Desafios para a inclusão de pessoas com deficiência na sociedade.** Disponível em: <https://iigual.com.br/blog/2021/04/15/inclusao-de-pessoas-com-deficiencia-na-sociedade/>. Acesso em: 05 maio 2023.

MORAGAS, Vicente Junqueira. **Sementes da Inclusão - o que são barreiras?** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/acessibilidade/publicacoes/sementes-da-inclusao/sementes-da-inclusao-o-que-sao-barreiras#:~:text=A%20Lei%20Brasileira%20de%20Inclus%C3%A3o,o%20exerc%C3%ADcio%20de%20seus%20direitos.> Acesso em: 08 maio 2023.

NEGRÃO, Davidson Nilson Mendes; PROBLEMA, Rafaela Oliveira da Silva Sá O. **Tecnologia assistiva: a tecnologia a favor da acessibilidade e inclusão.** Disponível em: <http://www.each.usp.br/petsi/jornal/?p=2844>. Acesso em: 08 maio 2023.

OS DANOS MORAIS NO DIREITO DO TRABALHO

AILTON JOSÉ DOS SANTOS:
Graduando em Direito pela
Universidade Brasil

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

Resumo: Por certo, a relação de trabalho, assim como, as relações sociais do cotidiano, acabam por gerar conflitos entre os sujeitos, os quais necessitam de proteção no âmbito do direito. Sabe-se que existem limites para que os desentendimentos, não ofendam os direitos tutelados dos indivíduos, sendo um dos principais, os direitos de personalidade, responsáveis por proteger, em suma, a honra, imagem, liberdade e privacidade. Ante o exposto, diante de um conflito que extrapole o limite, atingindo o ânimo psíquico, moral e/ou intelectual do agente, é certo que haverá algum prejuízo, que neste sentido, não há como se mensurar, haja visto, que cada ser em seu íntimo será afetado de uma forma diferente. Caberá ao direito, a responsabilidade em regradar, como este dano será reparado. Na competência da Justiça do Trabalho, ora objeto de estudo, a reparação do dano extrapatrimonial, após a Reforma Trabalhista de 2017, trouxe parâmetros fixos quanto a quantificação dos valores devidos, os quais serão amplamente debatidos a seguir, a fim de concluir se a nova disposição é justa ou injusta, constitucional ou inconstitucional. Para tanto serão consultados sites eletrônicos e bibliográficos, bem como julgados sobre o referido tema, analisando todas as suas peculiaridades, com o intuito de apurar a constitucionalidade da norma.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial; Reforma trabalhista; Parâmetros; Indenizar.

Abstract: Certainly, the work relationship, as well as everyday social relationships, end up generating conflicts between subjects, who need protection under the law. It is known that there are limits so that misunderstandings do not offend the protected rights of individuals, one of the main ones being personality rights, responsible for protecting, in short, honor, image, freedom and privacy. In view of the above, in the face of a conflict that goes beyond the limit, reaching the psychic, moral and/or intellectual spirit of the agent, it is certain that there will be some damage, which in this sense, there is no way to measure it, given that each being in your intimate will be affected in a different way. It will be up to the law, the responsibility to rule, how this damage will be repaired. Within the competence of the Labor Court, now the object of study, the repair of off-balance sheet damage, after the 2017 Labor Reform, brought fixed parameters regarding the quantification of the amounts due, which will be widely discussed below, in order to conclude whether the new provision is fair or unfair, constitutional or unconstitutional. For this purpose, electronic and

bibliographic sites will be consulted, as well as judgments on the aforementioned topic, analyzing all its peculiarities, with the aim of ascertaining the constitutionality of the norm.

Keywords: Off-balance sheet damage; Labor reform; Parameters; Indemnify.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da relação de emprego. 3. Do dano moral/extrapatrimonial na justiça do trabalho. 4. Da reparação dos danos morais/extrapatrimoniais na justiça do trabalho. 5. Da forma de reparação pelos danos morais sofridos pelo empregado. 6. Das discussões quanto a constitucionalidade ou não do artigo 223-G, parágrafo primeiro da CLT. 7. Aplicabilidade dos parâmetros objetivos. 8. Conclusão e referências.

1. INTRODUÇÃO

O dano moral, é decorrente da violação de um dos direitos de personalidade, reconhecidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, com o objetivo de propiciar proteção à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, devido sempre que houver a prática de uma conduta atentatória a qualquer um deles.

Na esfera Civil, nasce o dever de indenizar e reparar o dano, ainda que moral, sempre que um sujeito mediante ação ou omissão, seja por negligência ou imprudência, praticar ato ilícito e ferir direito de outrem (artigo 186 Código Civil).

No mais, é possível que os danos morais sejam devidos nas mais variadas relações interpessoais, uma vez que, basta o convívio entre seres humanos, para que nasça mais cedo ou mais tarde, conflitos, seja de natureza moral ou material, que em decorrência dos prejuízos por estes causado, merecem reparação.

Logo no direito trabalhista não seria, pois, diferente, tendo em vista que neste a relação entre pessoas merece atenção ainda maior, já que os trabalhadores, nos termos da lei, são considerados hipossuficientes com relação a seus empregadores, fazendo-se necessário portanto, que de forma específica se definisse a configuração, caracterização e quantificação dos danos morais, para que a proteção a dignidade da pessoa humana fosse de fato alcançada.

A questão que merece ressalva é quanto a quantificação dos valores realmente devidos pelo causador do dano moral, já que este, diferentemente dos danos materiais não se medem pela extensão dos danos, com quantificação fixada em critérios objetivos, de outro modo, os danos morais são de ordem subjetiva e não possuem critérios de equivalência e preço, por isso determinar sua reparação exige maior atenção e cuidado.

A reforma trabalhista de 2017, introduzida pela Lei nº 13.467/2017, trouxe novas disposições acerca dos danos de natureza extrapatrimoniais, prevendo rol específico

quanto aos direitos de personalidade que merecem reparação em caso de violação no âmbito das relações trabalhistas assim como uma gradação das condenações a serem fixadas pelo Juiz Trabalhista.

Nesse sentido, considerando que os danos morais dizem respeito a reparação de ordem pessoal, que leva em conta direitos de personalidade, os quais não possuem valor, propõe-se o presente trabalho com o intuito de avaliar os critérios trazidos pela Reforma trabalhista, de modo a determinar sua constitucionalidade ou não, levando em consideração todo o aparato legal e doutrinário que já existe em nosso ordenamento jurídico.

2.DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A princípio, o direito do trabalho é um ramo que se destina a disciplinar as relações de trabalho, mais especificamente aquelas que se fundam numa relação de subordinação.

Nesse sentido, considerando as regras gerais, pode-se dizer que nem toda atividade considerada como trabalho, é regida pelas normas gerais do direito do trabalho, sendo que apenas a relação de trabalho subordinada, também conhecida como relação de emprego, é que segue as regras gerais, logo, toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego,

Isto posto, temos que os sujeitos que integram a relação de emprego, são empregadores e empregados, seja na sua individualidade ou de forma coletiva, quando representados por órgãos e/ou entidades.

Nesse sentido, a relação de emprego, se constitui numa prestação de serviço humana, realizada por uma pessoa física, a outrem, de forma pessoal, habitual, onerosa e subordinada.

Os requisitos mencionados estão elencados no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Nos termos da lei, a presença de ambos os requisitos constitui elementos essenciais à configuração da relação de emprego, sendo que a falta de qualquer um deles implica na existência tão somente de uma relação de trabalho.

Dessa forma, é imprescindível que o empregado, seja uma pessoa física, que de forma pessoal, preste serviços ao empregador, não sendo permitido a ele transferir sua

tarefa a terceiros, dado o caráter infungível da prestação de serviços na relação de emprego.

Além disso, o serviço deve ser prestado com habitualidade, constituindo, pois, ato contínuo, que se prolonga no tempo.

O trabalho deve também ser realizado com subordinação, ou seja, o empregado deve exercer sua atividade com sujeição ao empregador, respondendo e executando suas ordens.

Por fim, para que se apresenta a relação de emprego é necessário também, que o empregado seja remunerado pela prestação de serviço, afinal ao se pôr à disposição do empregador, ele vende sua mão de obra, nascendo assim o dever de ser remunerado por quem o contrata. Desse modo, não pode existir uma relação de emprego se não houver uma onerosidade, uma remuneração financeira paga ao empregado.

No mais, enquanto de um lado da relação de emprego temos o trabalhador, do outro temos o empregador, definido no artigo 2º da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assinala e dirige a prestação pessoal de serviço.

Tendo em vista o foco do presente trabalho, o conceito de empregador trazido pelo artigo supra, dispensa maiores definições no momento.

Uma vez presentes todos os requisitos, tanto para a caracterização de empregado como empregador, apresentam-se constituída a relação de emprego, da qual decorrem direitos e deveres recíprocas entre as partes nela envolvidas.

3.DO DANO MORAL/EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O dano moral, ou dano extrapatrimonial, na Justiça do Trabalho é conceituado como a violação dos direitos juridicamente tutelados pelo ordenamento brasileiro, denominados de direitos da personalidade, que ferem diretamente à honra, imagem, liberdade, privacidade, assim como outros estipulados no Artigo 5º da Constituição Federal (CF), nos incisos V e X.

Os primeiros registros, do que atualmente é conhecido por danos morais, surgiu com o Código de Ur-Mammu, em meados dos anos 2140 e 2040 A.C, na Suméria, o qual previa penas de cunho pecuniário, para aqueles que causarem danos a outrem.

Em seguida, com os avanços da sociedade, por volta de 1.700 A.C, criou-se o Código de Hamurabi, famoso pela frase “olho por olho, dente por dente”, significando que, o dano causado deveria ser devolvido na mesma proporção por aquele que foi lesado.

Na Índia, em meados do século II A.C, o Código de Manu, vigente naquela época, também previa a reparação dos danos morais, bem como no direito romano, onde pode-se citar a Lei das XII Tábuas, que seguiu o mesmo preceito do Código de Manu, atribuindo punições pecuniárias aos causadores dos danos.

Analisando o surgimento dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, é possível saber que seu primeiro aparecimento foi nas Ordenações Filipinas, quando da criação de um conjunto de regras, que dispunha inclusive que o homem que dormisse com uma mulher virgem, não vindo posteriormente a com ela se casar, teria o dever de pagar o dote para o futuro casamento dela.

Aproximando-se mais do atual conceito, em 1980, com o Código Penal Brasileiro, se estabeleceu a recompensa financeira para os indivíduos lesados em sua honra.

Logo após, o Código Civil Brasileiro de 1916, regrou para algumas situações a possibilidade de reparação de danos, contudo, ainda de forma bem genérica, e a depender da análise do juiz caso a caso.

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que se foi possível concretizar a aplicação de danos morais, sendo o Artigo 5º, responsável por embasar juridicamente os pedidos judiciais a respeito do tema.

É o que preleciona o Artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

No mais, o reforço a esta disposição, surgiu em 2002, com o Código Civil, reafirmando e tirando qualquer dúvida quanto ao dever de indenizar e reparar o dano causado, ainda que exclusivamente moral.

Nos dias de hoje, prevalece a disposição trazida desde a Constituição Federal, devidamente regulamentada pelo Código Civil, de modo que quanto ao *quantum* a ser pedido, a regra, estabelecida pela CC/2002, é que se meça a indenização pela extensão do dano causado, avaliando o magistrado cada caso com suas particularidades.

Os artigos 186 e 927 do Código Civil, são responsáveis por tipificar a conduta que acarreta a obrigação de indenizar. A propósito, diz nestes termos o artigo 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Complementa o artigo 927 “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Deste modo, é necessária a compreensão de que para se haver a reparação, é preciso a existência de um ato ilícito, e este ato, encontra-se descrito como sendo a ação ou omissão, cometida com culpa, que viola direito alheio, ainda que exclusivamente de ordem moral. Eis a máxima principal, via de regra, o primeiro preceito a ser seguido quando se trata deste assunto.

Importante salientar de outro modo, que em alguns casos, independentemente de o agente ter agido ou não com culpa, estará obrigado a indenizar.

Contudo, ao tratarmos dos danos morais na seara do direito do trabalho, assunto esse objetivado por este artigo, é de grande relevância mencionar as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, em 2017.

De pronto, a alteração na nomenclatura “danos morais” para “danos extrapatrimoniais”, o que permitiu a aplicação nas relações de emprego, quanto a diretrizes e disposições da CLT, não muito distantes das regras gerais.

Além disso, com o advento da Lei nº 13.467/2017, instituiu-se na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o título II-A, que trata particularmente do Dano Extrapatrimonial, anteriormente tratado como Dano Moral. Sinteticamente, os artigos pertencentes se referem aos prejuízos imateriais decorrentes da relação de emprego, além da responsabilização do agente que causou a lesão, e da classificação e valoração do dano extrapatrimonial.

Insta salientar que no âmbito dos danos extrapatrimoniais, estão abrangidos os danos decorrentes da relação de trabalho, conforme cita o artigo 223-A, da CLT, *in verbis* “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.”.

Conceitua a primeira parte do Artigo 223-B, que toda ação ou omissão que cause prejuízos na esfera moral ou existencial decorrentes da relação de emprego é dano extrapatrimonial. Já no tocante, aos sujeitos passivos, aqueles que sofrem a ação, preceitua a segunda parte do artigo 223-B, da CLT, que abrange tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas.

Visto isso, o artigo seguinte, 223-C, da CLT, trata especificamente dos direitos tutelados quanto da proteção aos danos extrapatrimoniais pertinentes à pessoa física, sendo eles: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

Desse modo, o dano extrapatrimonial, pode ficar configurado por um ato ilícito que acarrete situações degradantes, como por exemplo o empregador exigir que o empregado trabalhe em condições desumanas, ou em jornadas excessivas, o humilhando perante os demais, e desrespeitando os direitos básicos inerentes à sua pessoa.

Acertadamente é possível dividir o dano extrapatrimonial em duas espécies. Primeiramente os de cunho pessoal, sendo aqueles que ferem a integridade física do empregado, levando em consideração as dores físicas no sistema orgânico da pessoa, que possivelmente poderão ser cumulados com danos materiais, e secundamente, os de seara moral, pertinentes as dores psicológicas do agente, cumulados com danos estéticos e existenciais, a depender da situação concreta.

Trataremos de forma mais aprofundada sobre algumas hipóteses causadoras do dano extrapatrimonial decorrente da relação de emprego, a iniciar, pelo ato lesivo a honra e boa fama, o qual atinge diretamente o cunho pessoal da vítima, desestabilizando o seu psíquico quanto a si mesmo, e o descredibilizando perante a sociedade, como por exemplo, apelidos humilhantes atribuídos pelo empregador ao empregado.

O assédio sexual é outro ato lesivo tanto a honra, quanto a privacidade, autoestima, sexualidade e dignidade, haja vista que descaradamente o assediado tem sua esfera psicológica atingida, por condutas de cunho sexual praticadas pelo assediador. A título de exemplo, alguns empregadores utilizam-se de sua posição hierárquica superior para satisfazer sua lascívia, ameaçando que a negativa do empregado resultará em prejuízos.

Em outra toada, tem-se o assédio moral, ou seja, aquele em que o empregador se utiliza de reiteradas ofensas morais a pessoa do empregado, sendo passível de reparação extrapatrimonial. Por exemplo, os castigos vexatórios, aplicados ao empregado que não cumpriu uma meta pré-determinada naquele mês.

Ainda, podemos citar as práticas abusivas do poder diretivo, aquelas em que o empregador se utiliza desse poder para discriminar o empregado perante os demais,

desrespeitando direitos inerentes, como por exemplo, controlar o tempo gasto nos sanitários, realizar revistas íntimas e corporais, dispensar em razão da etnia, entre tantas outras condutas infringentes.

É certo que as situações passíveis de causar reparação a danos extrapatrimoniais são diversas, e não cabem dentro de um rol taxativo. Contudo, devem ser alocadas dentro dos direitos tutelados pelo artigo 223-E e 223-D, além de essencialmente decorrerem da relação de trabalho.

Em suma, pode-se dizer que para a existência do direito à reparação do dano extrapatrimonial devem existir como requisitos essenciais, a ocorrência do dano e o seu nexos causal com a relação de emprego, bem como a demonstração de culpa do agente, para a sua referida responsabilidade subjetiva.

4.DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS/EXTRAPATRIMONIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, dispõe ser direito fundamental e social o direito ao trabalho, e segue além, ao dar integral proteção ao exercício dele.

O artigo 7º, desta Carta Magna, é totalmente dedicado a sustentar as principais direitos e princípios norteadoras da relação de trabalho, assegurando igualdade de condições e garantias mínimas em prol dos direitos fundamentais dos indivíduos, os quais se estendem sem qualquer distinção e/ou discriminação as relações de emprego.

É certo que o empregado e o empregador não se encontram em um mesmo patamar de igualdade econômica, motivo esse, do Artigo 7º, da CF, surgiram ainda a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, e os diversos princípios que regem essa relação, visando suprir a carência do empregado, o protegendo de possíveis abusos.

O Princípio do Valor Social do Trabalho, é um dos fundamentos do Estado Democrático, traduz, em suma, que o trabalho é a base para o sustento de todos os outros direitos, é de onde provém o sustento da pessoa humana, para a vida em sociedade, além de ser correlacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, é pela valorização do trabalho em que se encontra assegurada a existência digna da pessoa.

No tocante, a todo o exposto acima, certamente a reparação do dano extrapatrimonial, assunto deste trabalho, é um dos direitos amparados pelo Estado ao empregado.

É certo se dizer, como cita Bonfim, que é dano extrapatrimonial, o qual atinge a esfera moral do empregado, qualquer situação que se dê mediante a relação de trabalho, diminuindo a imagem, capacidade ou que impeça a sua ocupação, veja:

O maior patrimônio ideal do trabalhador é a sua capacidade laborativa, que deriva da reputação conquistada no mercado, do profissionalismo, da dedicação, da produção, da assiduidade, da capacidade etc. Nesta linha de raciocínio, é de se considerar ato lesivo à moral do empregado todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, insultando, de forma leviana, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação profissional no mercado etc. (BONFIM, 2014, p.953).

Logo, o que se verifica é que não há incertezas quando do dever de reparação pelos danos morais suportados pelo empregado em decorrência de sua relação de emprego para com o empregador, de outro modo, o que se discute na doutrina e jurisprudência é mais especificamente quanto ao valor devido em forma de indenização, tendo em vista as mudanças ocorridas na legislação trabalhista sobre tal ponto.

5.DA FORMA DE REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELO EMPREGADO

A grande novidade agregada com a Reforma Trabalhista, foi a quantificação, ou melhor, a "tarifação" da reparação dos danos morais, que passaram a ser chamados de extrapatrimoniais no contexto do trabalho, quando se dá pela relação de emprego. Em suma, foi criada uma tabela em que vincula o último valor pecuniário percebido a título de salário pelo ofendido, multiplicado pelo grau de ofensa do dano, dividido em leve, média, grave e gravíssima.

Aprofundando-se mais, o artigo 223-G, dispõe sobre os critérios que o juiz analisará, utilizando-se de sua discricionariedade, ao apreciar o pedido de reparação de dano extrapatrimonial, a fim de definir o grau da lesão sofrida, *in verbis*:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Cumulado com a primeira parte do Artigo 223-G, e definido o grau da lesão, para o arbitramento do dano extrapatrimonial a ser reparado, o juiz seguirá o determinado no parágrafo primeiro, do referido artigo, *in verbis*:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

A esse parágrafo supracitado é que se deu o nome de “tarifação” ou “tabelamento” dos danos extrapatrimoniais, surgindo-se a grande dúvida sobre sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, uma vez que, seguindo o nele disposto, pessoas percebendo salários distintos, caso sofram o mesmo tipo de dano, não serão reparadas da mesma forma, já que o valor devido a título de reparação se mede, não só pela extensão do dano, mas também pela remuneração do ofendido.

Veja, se em um caso hipotético, a faxineira da empresa percebendo a época dos fatos um salário de R\$1.500,00, e a secretária pertencente ao mesmo empregador, perceba

o valor de R\$3.000,00, sofrem do gerente, assédio moral nas mesmas condições, ao ingressarem na Justiça do Trabalho, ao final de seus processos, a reparação do dano sofrido será desigual, baseado no fato que a secretaria por receber salário mais elevado, será assim recompensada com indenização mais valorosa.

Esse exemplo, mostra de forma simples, que por esse tabelamento presente na Justiça do Trabalho, não está conservando o princípio da igualdade, pelo contrário está evidenciando a desigualdade entre os mais favorecidos perante os menos favorecidos, ignorando a isonomia que tanto se busca no direito, regida pelo Artigo 5º da CF, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

6.DAS DISCUSSÕES QUANTO A CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DO ARTIGO 223-G, PARÁGRAFO PRIMEIRO DA CLT

Desde a edição da reforma trabalhista (Lei 13.467/17), momento em que passou a vigorar os parâmetros do artigo 223-G, parágrafo primeiro da CLT, inúmeras são as discussões acerca de sua constitucionalidade ou não, bem como, se sua aplicação consagrava de fato os princípios objetivos do direito do trabalho.

Existem ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ajuizadas pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho — Anamatra (ADI 6.050 e 5.870); pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria — CNTI (ADI 6.082); e pelo Conselho Federal da OAB (ADI 6.069), ambas questionando a constitucionalidade do referido artigo, que promoveu a tarifação dos danos morais.

Em sessão realizada no dia 27/10/2021, o Ministro Relator Gilmar Mendes votou no sentido de conhecer das ADIs e, no mérito, julgar parcialmente procedentes os pedidos nela formulados, estabelecendo que:

“As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; **2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial.** É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade”.

Na referida sessão, após o voto do Ministro Relator, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista dos autos formulado pelo Ministro Nunes Marques, estando, até a publicação do presente artigo, pendente de solução.

O julgamento das referidas ações é de enorme relevância para o mundo jurídico, tendo em vista que a princípio o que entende muitos doutrinadores é que a vigência da referida norma fere a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, já que colocar parâmetros para a quantificação e reparação dos danos morais, seria o mesmo que padronizar a dor e o sofrimento humano.

Nesse sentido, Carlos Leite, ao proferir seu voto diante da composição da sumula n. 48, do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, afirma ainda que não se pode taxar a reparação de danos morais, já que cabe ao Magistrado diante do caso concreto, analisar todas as circunstâncias e fixar o quantum que melhor ampare os envolvidos, vejamos:

“O novo art. 223-G da CLT revela a intenção do legislador ao impor verdadeira *capitis diminutio* na competência dos magistrados do trabalho em fixar o valor dos danos morais. Além disso, o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (LEITE, 2018, p.63)

Do mesmo modo, Jorge Neto e Cavalcante, consagram que “Seguramente, não se pode admitir o “tabelamento” (“tarifação”) dos danos morais pela lei, cabe ao magistrado fixar a indenização considerando o caso concreto”. (NETO; CAVALCANTE, 2019. P.685)

Tal norma, garante por um lado, a segurança jurídica, principalmente para o empregador, que arcará com valores semelhantes a depender do dano, já que a lei, impõe condições específicas que determinam o valor devido a título de reparação, de outro lado, porém, temos o empregado, que agora se encontra desprotegido juridicamente, afinal não nos parece certo considerar que o dano seja reparado considerando apenas seu salário.

Em síntese o que se observa é que majoritariamente doutrinadores e juristas são contra a tarifação dos danos morais, pois acreditam que isso fere diretamente princípios básicos previstos já na Constituição Federal. No mais, aguarde-se o resultado do julgamento das citadas ações diretas de inconstitucionalidade para que então o entendimento seja pacificado.

7.APLICABILIDADE DOS PARÂMETROS OBJETIVOS

De modo geral na prática o que tem ocorrido, é que o disposto no artigo 223-G da CLT, não tem sido aplicado no julgamento das ações trabalhistas que versam sobre pedidos de reparação de danos extrapatrimoniais sofridos pelos empregados.

A verdade é que, como já exposto, grande parte dos Magistrados, acreditam, ao menos em parte, que a tarifação dos danos morais é inconstitucional, de modo que a quantificação dos danos morais se faz muito mais justa quando considerando o caso concreto em todas as suas faces.

Corroborando com a inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT, segue trecho de sentença proferida pelo juiz do trabalho da 1ª Vara do Trabalho de Araraquara – SP:

“Declaro a inconstitucionalidade do artigo 223-G, § 1º, da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017 para afastar a previsão legal do tabelamento do dano extrapatrimonial com base no salário do trabalhador. A previsão legal macula direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, contrariando os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, além da reparação integral de cada caso concreto, como exigem os artigos 1º, III e IV, e artigo 5º, V, da Constituição Federal. A condenação em reparação pelos danos morais tem amparo no artigo 1º da Constituição da Federal e nos princípios constitucionais da valoração do trabalho e da dignidade humana. O estabelecimento de tarifa para a reparação de danos é claramente inconstitucional, por afrontar os artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e caput do artigo 7º da CR/88. O art. 223-G, da CLT, prevê tratamento discriminatório e de menor proteção ao trabalhador em relação aos demais membros da sociedade quanto às reparações por danos extrapatrimoniais, já que em relação a estes se aplicam as regras do Código Civil que são mais amplas, sem estabelecimento de tarifas para a reparação e se encontram em consonância com a CF/88 e seus princípios da proteção integral. Restringir o valor da reparação pelo trabalhador constitui inegável discriminação. O que o texto da reforma trabalhista faz é alterar, reduzir e discriminar o trabalhador, dizendo que existe uma dignidade da pessoa humana que vale mais do que a dignidade da pessoa humana "trabalhador", o que não se coaduna com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do trabalho como fator de valorização do ser humano. Ressalte-se que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo magistrado de primeira instância é válida e é exceção à cláusula de reserva de plenário, conforme súmula

vinculante 10 do STF a contrário senso. O "quantum" indenizatório, para sua fixação, deverá observar a extensão e a gravidade do dano, assim como a capacidade econômica do ofensor e do ofendido. Além disso, o seu montante deverá ser apto a punir o causador do dano, a desestimular a repetição do ato lesivo (caráter pedagógico), e, ainda, a compensar a dor, o dissabor, da vítima, sem, contudo, causar-lhe enriquecimento indevido, devendo se ater à compensação dos danos experimentados na esfera extrapatrimonial da vítima, evitando-se, assim, o crescimento indiscriminado de demandas que representam aventuras judiciais sem o corresponde arrimo legal. Diante da necessidade de se estabelecer o valor da indenização devida e atentando para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a condição sócio-econômica das partes envolvidas, a gravidade e a extensão do dano fixo a indenização pelos danos morais em R\$300.000,00 (trezentos mil reais) cuja atualização deverá seguir os parâmetros estabelecidos pela súmula 439 do C. TST".

Na sentença, o douto magistrado entendeu pela inconstitucionalidade da previsão legal, por entender que esta macula direitos fundamentais constitucionalmente previstos além de contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, entendendo que restringir o valor da reparação pela dor do trabalhador constitui inegável discriminação.

Essa toada acaba por fixar os danos morais considerando um conjunto de fatores, atentando para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a condição socioeconômica das partes envolvidas, a gravidade e a extensão do dano.

Da mesma forma, em julgamento de recurso ordinário a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, decidiu pelo cabimento de indenização por danos morais, o qual deveria obedecer a critérios de prudência e equilíbrio para sua fixação:

RECURSO DO RECLAMADO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS PELO PREPOSTO. CONFISSÃO FICTA. DANOS MORAIS. TRANSPORTE DE VALORES. Provado pelo autor que, no exercício de sua função, transportava valores, por imposição do empregador, e sem a habilitação para essa atividade, a qual deve ser desempenhada por profissional especializado, devida a indenização por danos morais. Recurso do Reclamante conhecido e parcialmente provido. INDENIZAÇÃO DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL TRANSPORTE DE

VALORES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. no que concerne ao valor cabível a título de danos morais por transporte de valores, entende-se que este deve obedecer a critérios de prudência e equilíbrio, sem constituir acréscimo patrimonial, atentando-se ainda ao caráter inibitório da indenização. no caso em apreço, a reclamada é instituição financeira de grande porte, um dos maiores bancos do país, desta forma, entende-se por razoável o quantum fixado pela instância primária, no importe de R\$ 15.000,00, vez que suficiente para desestimular a prática do ato ilícito pela reclamada, além de estar em consonância com outras decisões deste órgão colegiado em casos análogos. Recurso do Reclamante conhecido e parcialmente provido. (TRT-11 - RO: 00019081720175110018, Relator: ORMY DA CONCEICAO DIAS BENTES, Data de Julgamento: 11/10/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: 17/10/2018)

Mais uma vez o que ocorre é a fixação dos danos morais levando em conta muito mais que parâmetros meramente legais, mas considerando também a razoabilidade, proporcionalidade e o equilíbrio entre o dano causado, os prejuízos efetivamente sofridos bem como observando o caráter inibitório da indenização.

Claramente o que se vê é que apesar da existência do artigo 223-G da CLT, sua aplicação tem ficado de lado, já que os magistrados de todo o Brasil tem optado pela definição do "quantum" devido a título de danos morais considerando, não só gravidade do dano, ou a remuneração do empregado vítima da ofensa, mas também a aplicabilidade de fatores peculiares ligados ao caso concreto, como a extensão do dano, a capacidade financeira do empregador, além de priorizar a igualdade de tratamento e a não discriminação entre empregados.

8.CONCLUSÃO

O presente artigo visou fazer uma análise a respeito dos danos extrapatrimoniais, em suma, a violação dos direitos de personalidade dentro da relação de trabalho, alterado recentemente pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que acrescentou artigos na Consolidação das Leis Trabalhistas, com intuito de regulamentar o referido tema, anteriormente conhecido em todas as searas do direito, como dano moral.

Durante as pesquisas realizadas foi possível pontuar com precisão as principais mudanças trazidas pela reforma, na qual o legislador tinha como principal preocupação proteger, de forma especial o empregado, pessoa considerada hipossuficiente, por não estar em patamar de igualdade econômica com o empregador.

Contudo, a grande polêmica da reforma foi quanto da aplicabilidade do artigo 223-G, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que em seu parágrafo 1º, e incisos seguintes, regrou como base de cálculo para a reparação do dano, o último salário contratual do empregado/ofendido, popularmente no meio jurídico, conhecido como “tarifação” ou “tabelamento” dos danos extrapatrimoniais.

Veja bem, se em uma mesma empresa, dois empregados sofrerem o mesmo dano extrapatrimonial, mas que percebem salários diferentes, o juiz ao julgar e condenar a reparação dos danos, nos moldes do referido artigo, não estará seguindo o princípio da igualdade, mas estará evidenciando a desigualdade entre eles, baseado na condição econômica.

Em face disso, é que o presente artigo apresentou algumas decisões recentes e concretas de alguns aplicadores da lei, além de posicionamentos de doutrinadores, favoráveis à inconstitucionalidade da aplicabilidade do artigo supracitado, que acreditam ferir princípios básicos previstos na Constituição Federal.

Acerca do tema, ainda não há um posicionamento firmado a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade até o encerramento deste artigo. Contudo, em vista dos argumentos expostos, considera-se ser inaplicável esses parâmetros aos casos concretos, em razão de grave violação à Constituição Federal, e ainda, em razão de não atingir o principal objetivo da norma, qual seja, o de proteger o empregado.

Em suma de todo o exposto, acredita-se que a reforma trazida pela Lei nº 13.467/2017, foi de grande importância na seara trabalhista, mas que acima disso, houve uma inconstitucionalidade quanto ao artigo 223-G, no tocante a sua aplicabilidade, a qual deve ser revisada pelos legisladores, com intuito de não acarretar ao ofendido maiores danos e desigualdades.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. BRASÍLIA, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

CARMO, Júlio Bernardo do. **O DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E DO TRABALHO.** Disponível em: https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27134/julio_bernardo_o_dano_moral.pdf?sequence=2. Acesso em: 15 set. 2022.

DE AZEVEDO LOPES, O. **Parâmetros de indenização dos danos morais no Direito do Trabalho.** Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, v. 2, n. 1, 4 jul. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 842.

MARTINS, Gabriela Neves Delgado. **A inconstitucional tarifação das indenizações por dano extrapatrimonial nas relações de trabalho.** Observatório Trabalhista do STF, [S. l.], 21 abr. 2021. Disponível em: <https://www.observatoriotrabalhistadostf.com/post/a-inconstitucional-tarifa%C3%A7%C3%A3o-das-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-extrapatrimonial-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-trabalho#:~:text=21%20de%20abr.-,A%20inconstitucional%20tarifa%C3%A7%C3%A3o%20das%20indeniza%C3%A7%C3%B5es%20por%20dano%20extrapatrimonial%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es,1%C2%BA%20e%202%C2%BA%20do%20art.>. Acesso em: 20 mar. 2023.

NASCIUTTI, Fernanda. **<https://meudireito.online/historia-dano-moral/>.** Disponível em: <https://exame.com/bussola/reforma-trabalhista-limitacao-de-valor-da-indenizacao-por-danos-morais/>. Acesso em: 18 set. 2022.

ROMAR, C. T. M.; LENZA, P. **Direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

SANTOS, Josiele Souza. **Dano moral: conceito, espécies, fundamentos legais e jurisprudências.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54836/dano-moral-conceito-espccies-fundamentos-legais-e-jurisprudncias>. Acesso em: 18 set. 2022.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Processo RE 603136/MT. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de outubro de 2013.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680>. Acesso em: 02 fev. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO. **Recurso Ordinário: RO 0001908-17.2017.5.11.0018.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760849857/recurso-ordinario-ro-0001908-1720175110018> Acesso em: 05 fev. 2023.

Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: AIRR 10138-21.2019.5.18.0103. Brasília, DF: TST, 2020.** Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927407303/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10138-2120195180103>. Acesso em: 01 fev. 2023.

VIEGAS, Cláudia Mara. **Dano moral punitivo na justiça do trabalho**. Jusbrasil, 30 de outubro de 2017. Disponível em:
<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/519789531/dano-moral-punitivo-na-justica-do-trabalho>. Acesso em: 20 mar. 2023.

A REPERCUSSÃO DA LEI Nº 14.454/2022 NA COBERTURA OBRIGATÓRIA DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

ALINE CAIS PESSOA:
graduanda do curso de direito
da Universidade Brasil (UB) -
Campus de Fernandópolis/SP

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo entender a movimentação legislativa para resolução da controvérsia da natureza jurídica do “Rol de Procedimentos da ANS” através da edição da Lei nº 14.454/2022, mediante análise do direito à saúde enquanto garantia constitucional, da formação dos contratos de planos de assistência à saúde e dos precedentes jurisprudenciais acerca do assunto. Isso porque se instaurou grande divergência jurídica entre os tribunais para analisar a necessidade de cobertura dos tratamentos e/ou procedimentos que não encontrassem previsão no citado rol. Para tanto, utiliza-se pesquisa exploratória com natureza qualitativa, consubstanciada em pesquisas bibliográficas e documentais, assim como análise da farta jurisprudência que se desenvolveu ao longo dos anos acerca da temática. A partir disso, problematiza-se a repercussão que a nova lei terá para a sociedade e para os convênios, sob o enfoque financeiro e constitucional, bem como a sobreposição do interesse público face ao privado. Conclui-se que o direito constitucional à saúde restará garantido, mas a judicialização da questão prossegue sob aspectos distintos e em face de sujeitos diversos, até que sobrevenha nova lei ou decisão que seja capaz de efetivamente sanar a questão.

Palavras-chave: Lei nº 14.454/2022. Rol de procedimentos da ANS. Interesse público. Plano de saúde.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a saúde é direito social de caráter universal, sendo dever do Estado provê-la, nos termos do artigo 6º, *caput*, cumulado com o artigo 196, *caput*, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 6º e 196). Contudo, tal direito poderá ser exercido por iniciativa privada, a fim de suprir a alta demanda estatal, conforme autoriza o artigo 199, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 199). Nesse sentido, a celebração de contratos de planos de assistência à saúde, também conhecido como saúde suplementar, é prática corrente no país porque a população busca, indubitavelmente, o acesso à saúde de forma mais célere.

Em suma, referidos instrumentos trata-se de negócios jurídicos bilaterais, formados por meio da manifestação de vontade convergente das partes em se submeter à aleatoriedade e ao risco do objeto contratual. Ocorre que a relação jurídica em comento sofre interferência direta em sua *alea*, visto que a Agência Nacional de Saúde Suplementar detém competência para regulamentar tais relações, assim como emitir a resolução do “Rol de Procedimentos”, conforme preconiza a Lei nº 9.656/1998 (BRASIL, 1998). Necessário esclarecer que esta resolução é destinada a estabelecer a cobertura mínima obrigatória de tratamentos que deverão ser autorizados pelas operadoras de planos de saúde no Brasil.

Entretanto, com o decorrer dos anos, as operadoras passaram a excluir da cobertura contratual os procedimentos e/ou tratamentos sem previsão no referido rol, o que veio a ser amparado na Resolução Normativa nº 465/2021 e na Lei nº 14.307/2022. Por conseguinte, instaurou-se grande divergência acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, posto que a definição seria determinante para a necessária cobertura nos contratos de saúde até então firmados. Diante disso e em especial face a divergência jurisprudencial entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça, houve a uniformização de entendimentos por da Segunda Seção deste superior tribunal, através dos Embargos de Divergência em REsp nº 1.886.929 - SP, até sobrevir novo entendimento, por meio da Lei nº 14.454/2022.

Face a isso, busca-se entender a movimentação legislativa para resolução da controvérsia da natureza jurídica do “Rol de Procedimentos da ANS”, por meio da Lei nº 14.454/2022, bem como a repercussão que está terá para a sociedade e para as operadoras de planos de assistência à saúde, mediante pesquisa exploratória qualitativa, exemplificadas por pesquisas bibliográficas, documentais e análise de jurisprudências acerca do tema. Ademais, é nítida a relevância social e jurídica porquanto houve grande divergência em torno do assunto, além de que esse entendimento permitirá influir eventual reformulação de tais contratos.

2.DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

De início, para que se possa compreender a saúde enquanto garantia constitucional brasileira, faz-se necessário uma análise acerca do reconhecimento dos direitos fundamentais na sociedade. Isso porque as conquistas alcançadas pela humanidade, para além da previsão formal no ordenamento, logram viés substancial ao visar o efetivo atendimento das necessidades indispensáveis à existência humana. Neste ponto, Lenza (2019, p. 1156) explica que tais direitos recebem classificações dimensionadas segundo os lemas de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, em que pese a evolução doutrinária também permita o reconhecimento de novas titulações.

Na análise clássica, os direitos fundamentais submetem-se a três dimensões, conforme o contexto histórico que os norteiam. Os direitos de primeira dimensão são representados pela abstenção estatal, pois a estrutura governamental migrava do *status* absolutista para o liberal, o que demandou a institucionalização dos direitos individuais. Por outro lado, os direitos de segunda dimensão decorreram da intervenção estatal na esfera privada para equilibrar a desigualdade social provocada pelo avanço industrial, por isso, impulsionaram muitos direitos econômicos e sociais. Por sua vez, considerando a globalização e o desenvolvimento tecnológico e científico, bem como as consequências ambientais e socioambientais daí decorrentes, os de terceira dimensão solidificam, sobretudo, os direitos transindividuais e de fraternidade.

Dito isto, o direito constitucional à saúde enquadra-se nos direitos de segunda dimensão, pois representa o dever estatal de implementar prestações positivas a uma coletividade de pessoas, em caráter universal e igualitário. Nesse sentido, o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro apareceu, minimamente, a partir da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 16 de julho de 1934, que previa em seu artigo 10, inciso II, a competência concorrente da União e dos Estados para “cuidar da saúde e assistência públicas” (BRASIL, 1934, art. 10). Atualmente, todavia, tal direito é analisado sob outro viés, pois encontra respaldo no artigo 196 da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, que assevera:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, art. 196).

Posto isso, na atual redação constitucional, é possível verificar que, além da competência administrativa ou legislativa pertencente aos entes federativos, o direito à saúde passou a ser visto como um direito fundamental cujo dever de garantia pertence, primordialmente, ao Estado. Entretanto, Spitzcovsky (2006) afirma que “O próprio Estado, que surge como o responsável pela preservação desse acesso ao serviço de saúde, com o passar do tempo, revelou-se incompetente ou impotente para fazer frente aos seus elevados custos”, motivo pelo qual houve a necessidade de prever disposições especiais para a efetiva concretização deste direito.

Em face ao supracitado, o artigo 199, *caput*, da Constituição Federal prevê expressamente que “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988, art. 199). Por consequência, no entendimento de Macedo (2020, p. 37-39 e 39-40), o Brasil adota um sistema pluralista de saúde, posto que subdivide a prestação desse serviço em três segmentos, quais sejam: a) saúde pública, quando se está diante da prestação direta dos serviços de saúde pelo próprio Estado; b) saúde complementar, que se efetiva pela

parceria do Estado com outras entidades na prestação dos serviços, sejam entidades com ou sem fins lucrativos, desde que se submetam às diretrizes norteadoras do Sistema Único de Saúde; e c) saúde suplementar, quando os serviços de saúde são prestados pela iniciativa privada.

Desse modo, infere-se que ao setor privado é permitido prover a saúde de forma suplementar ao dever estatal e o faz diretamente, pelo próprio profissional liberal, ou por meio da celebração de contratos de planos de assistência à saúde.

3. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, integrante da administração pública indireta sob a forma de autarquia em regime especial, com vinculação ao Ministério da Saúde, foi criada pela Lei nº 9.961/2000 com o objetivo de defender o interesse da coletividade na prestação privada dos serviços de saúde, ou seja, no interesse da saúde suplementar brasileira. Veja:

A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (BRASIL, 2000, art. 3º).

Em virtude disso, compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar regular, qualificar e articular a saúde suplementar no Brasil, a fim de que a prestação de serviços pelo setor privado não extrapole os limites legais e nem resulte em prejuízos à população. Dessa forma, referida autarquia possui uma série de competências, elencadas no artigo 4º da lei de criação, que se destinam a estruturar o meio propício ao atendimento de suas finalidades. Cumpre registrar que, dentre elas, encontra-se a previsão institucional de “III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades” (BRASIL, 2000, art. 4º) que influencia diretamente no cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de planos de assistência à saúde no Brasil.

4. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA MODALIDADE DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRA

Em princípio, os contratos são negócios jurídicos bilaterais, firmados entre duas ou mais pessoas, com o fito de adquirir, modificar ou extinguir direitos, mediante abrangência de elementos essenciais, naturais e acidentais (DINIZ, 2019, p. 498) necessários à sua existência, validade e eficácia. Ocorre que o tipo contratual é distinto conforme a relação

jurídica a ser estabelecida, o que ocasiona diversas classificações instrumentais, dentre elas os contratos comutativos e aleatórios. Em sua distinção, aqueles negociam prestações certas e determinadas para os contraentes, sendo possível antever as vantagens e perdas decorrentes do negócio para cada parte, enquanto estes instituem-se pelo pagamento em prol de uma contraprestação incerta, de forma a submeter os envolvidos ao risco de existência do objeto contratado.

No mesmo sentido, Gonçalves (2020, p. 167) afirma, no que tange aos contratos aleatórios, que:

Contrato aleatório é o bilateral e oneroso em que pelo menos um dos contraentes não pode antever a vantagem que receberá, em troca da prestação fornecida. Caracteriza-se, ao contrário do comutativo, pela incerteza, para as duas partes, sobre as vantagens e sacrifícios que dele podem advir.

Por sua vez, os contratos de planos de assistência à saúde, além de se enquadrarem no sistema suplementar de saúde brasileira, representam o tipo contratual aleatório, posto que se submetem ao risco da ocorrência de males à saúde do beneficiário. Contudo, necessário registrar que a aleatoriedade deste instituto não se equipara àquela vivenciada pelos contratantes de seguros em geral, pois nestes há expressa previsão legal para predeterminação de riscos, enquanto naqueles se buscam, primordialmente, a efetivação do direito constitucional à saúde mediante a cobertura de males futuros. Ainda, é fato que esses contratos sofrem interferências mais severas, já que também se sujeitam às normas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e às disposições da Lei nº 9.656/98, responsável por regulamentar os planos e os seguros de assistência à saúde no Brasil.

Destarte, segundo Kornis e Oliveira (2017, p. 210), todas essas submissões “modificaram significativamente o cenário do setor, pela definição de novas regras de proteção aos consumidores e de entrada, permanência e saída das empresas no mercado”.

4.1 A COBERTURA OBRIGATÓRIA DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Face ao exposto, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta a conceituação dos planos de assistência à saúde, nos seguintes termos:

Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço ou pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente

escolhidos, integrantes ou não de redes credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (BRASIL, 1998, art. 1º, inciso I).

Em virtude disso, depreende-se que as operadoras de planos de assistência à saúde são o “segmento de provedores privados autônomos, que oferta acesso aos serviços de saúde mediante pagamento no ato” (PEREIRA, 2020, p. 38-40), posto que disponibilizam à sua carteira, ou seja, aqueles que firmaram consigo o negócio jurídico, os serviços de saúde que incluem em sua cobertura.

Outrossim, como já exposto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar é a responsável por determinar a amplitude básica das coberturas dos planos de saúde, nos termos do artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000 (BRASIL, 2000). Veja, ainda, que tal disposição também encontra previsão na Lei nº 9.656/98, *in verbis*:

A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação (BRASIL, 1998, art. 10, §4º).

Cumprе ressaltar que a listagem de coberturas mínimas obrigatórias a serem garantidas pelas operadoras de planos de assistência à saúde surgiu por meio da Lei nº 9.956/98, em virtude da insegurança contratual que os beneficiários experimentavam na celebração desse tipo de contrato. Dessa forma, a primeira versão da cobertura básica de tratamentos e/ou procedimentos foi regulamentada por meio da “Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 10/1998”, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, com vigência entre os anos de 1998 e 2000 (ANS, 2021). A par disso, em virtude do desenvolvimento tecnológico vivenciado no decorrer dos anos, a atual regulamentação da cobertura é feita pela “Resolução Normativa nº 465/2021”, enquanto que a regulamentação de atualização do rol é feita pela “Resolução Normativa 470/2021”.

4.2 A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Urge destacar que os instrumentos contratuais de saúde suplementar, em regra, representam típicas relações de consumo, tendo em vista a presença do beneficiário enquanto consumidor, consoante disposto no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, e da operadora enquanto fornecedora, nos termos do artigo 3º, *caput* e §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Excepcionalmente, quando os contratos de planos

de saúde forem administrados por entidades de autogestão, isto é, planos fechados destinados a um grupo específico de pessoas, eles não serão regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. A par disso, levando-se em conta o estabelecimento da relação de consumo, o negócio jurídico será firmado por meio de contratos de adesão estabelecidos unilateralmente pelo fornecedor, posto que o consumidor estará impossibilitado de discutir ou modificar qualquer cláusula contratual, devidamente conceituado no artigo 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Por esse motivo, tais contratos passaram a apresentar cláusula de limitação na cobertura contratual dos males de saúde do beneficiário, ao indicarem que a aprovação ocorreria apenas nos procedimentos e tratamentos convergentes com o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Assim, essas disposições poderiam ser elididas com a contratação de coberturas adicionais, coberturas estas que violam frontalmente a própria aleatoriedade do instituto. Face a isso, instaurou-se grande divergência jurisprudencial acerca da natureza jurídica do citado rol, posto que a exemplificatividade ou taxatividade seria determinante para aferir a possibilidade de coberturas contratuais que ali não encontrassem previsão.

5. O ITINERÁRIO NA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO “ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS”

5.1 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE AS TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Durante muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça logrou entendimento uníssono no sentido de que o “Rol de Procedimentos da ANS” possuía natureza exemplificativa, de forma que a mera prescrição médica do tratamento ou procedimento era hábil a garantir sua cobertura pelos planos de assistência à saúde. Contudo, houve um *overruling*, ou seja, mudança de entendimento em parte do colegiado, de forma que a Quarta Turma, deste tribunal superior, passou a exarar conclusão diversa da anteriormente enunciada pelos julgados, qual seja a taxatividade do respectivo rol. Nesse sentido, confira parte da ementa do acórdão que registrou a ocorrência do *overruling* no entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. [...]. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA

JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. [...] Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas. [...] (BRASIL, 2020).

A par disso, a Terceira Turma continuava a apregoar o entendimento já consolidado, no sentido de compreender que a referida lista deveria permanecer sendo interpretada sob os critérios da exemplificatividade. Por consequência, durante certo lapso temporal, prosseguiu-se com julgamentos diversos entre as turmas do elencado tribunal superior, bem como entre os vários graus de jurisdição, o que gerou instabilidade e insegurança jurídica na questão posta *sub judice*.

Em meio aos posicionamentos divergentes no poder judiciário, em 24 de fevereiro de 2021, a Agência Nacional de Saúde Suplementar adotou a Resolução Normativa nº 465/2021, a qual reconheceu a taxatividade do citado rol, confira:

Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde (ANS, 2021, art. 2º).

Cumpra registrar, ainda, a promulgação da Lei nº 14.307, de 03 de março de 2022, que deu nova redação ao §4º, do artigo 10, da Lei nº 9.656/1998, indicando que a amplitude das coberturas “[...] será estabelecida em norma editada pela ANS” (BRASIL, 2022, art. 1º). Destarte, face a ausência de qualquer ressalva legal no que tange a previsão de taxatividade do rol na Resolução Normativa nº 465/2021, alguns acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entenderam pela recepção legal desta natureza jurídica para interpretação da lista, contudo, ressalvaram a irretroatividade da norma aos fatos pretéritos. Veja:

PLANO DE SAÚDE. Negativa de cobertura das terapias de que necessita o autor, portador de "transtorno do espectro autista". Recusa à utilização de técnicas diferenciadas pelos métodos ABA e PECS. Descabimento. [...]. Tratamento não experimental, recomendado para casos como o do autor e indicado por médico especialista. Moléstia coberta, de modo que tratamento eficaz e adotado por protocolos médicos e científicos não pode ser recusado pela operadora. Irretroatividade da Lei no. 14.307, de 03 de Março de 2022, que dispõe sobre a natureza taxativa do rol da ANS, a fatos pretéritos. Lei superveniente não pode apagar inadimplemento já consumado, nem converter ato ilícito em lícito, pena de ofensa ao princípio constitucional do ato jurídico perfeito. Alteração legislativa que determina ser de natureza taxativa o rol de procedimentos da ANS, mas, em contrapartida, cria célere procedimento para inclusão de novos medicamentos e procedimentos. Procedimento de atualização rápida do rol pendente de regulamentação pela ANS, de modo que não alcançada ainda a função de balanceamento entre direitos do paciente e equilíbrio do contrato objeto de alteração legislativa. Limitação do número de atendimentos inviável [...] (SÃO PAULO, 2022).

A par disso, frise-se que, em 05 de março de 2022, já havia sido proposta no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7088, pela Associação Brasileira de Proteção aos Consumidores de Planos e Sistema de Saúde - Saúde Brasil, com o fito de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º, 7º e 8º da Lei nº 14.307/2022, a fim de que o "Rol de Procedimentos da ANS" pudesse ser considerado exemplificativo.

5.2 UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTOS PELA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com base em todo o exposto, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar o entendimento da terceira e quarta turma deste tribunal, acordou no julgamento dos Embargos de Divergência do REsp nº 1.886.929 - SP (2020/0191677-6), ocorrido em 08 de junho de 2022, que o "Rol de Procedimentos da ANS" seria, por regra, taxativo, admitindo excepcional relativização quando atendidos expressos requisitos, conforme os termos do acórdão proferido. Confira parte da ementa:

[...] 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de

cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS [...] (BRASIL, 2022).

Saliente-se que, após a referida decisão, ainda não havia qualquer conclusão no julgamento da corte constitucional por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7088, de forma que o novo posicionamento passaria a influenciar os demais órgãos do poder judiciário. Ocorre que se iniciou grande comoção social, pois a sociedade e, em especial, os beneficiários de planos de assistência à saúde opuseram-se à conclusão apresentada no acórdão de uniformização. Isso porque muitos tratamentos e procedimentos deixariam de ser cobertos, em um efeito “cascata”, tendo em vista que diversas terapias utilizadas como intervenções não encontravam previsão no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Diante disso, em virtude do grande conflito jurídico e da comoção social, houve a célere tramitação de projetos de lei perante o Congresso Nacional, a fim de definir e positivar a citada natureza jurídica do rol, assim como solucionar de vez a litigiosidade da questão.

5.3 A PROMULGAÇÃO DA LEI 14.454/2022 E A INDIRETA CONCLUSÃO PELA EXEMPLIFICATIVIDADE DO ROL

Nesse sentido, o projeto de lei nº 2.033/2022 tinha como foco a previsão de hipóteses para cobertura de tratamentos ou procedimentos que não encontrassem disposição no rol em comento. Em suma, este foi aprovado em plenário, no dia 03 de agosto de 2022, e transformado na Lei Ordinária nº 14.454/2022, em 21 de setembro de 2022, após a sanção do Presidente da República. A partir disso, parte da doutrina e da

jurisprudência concluíram que houve a definição da exemplificatividade do “Rol de Procedimentos da ANS”, pois a lei em questão autorizou que, mesmo diante da ausência de previsão no rol, deveria ser garantida a cobertura quando cumpridos dois requisitos.

Nesse passo, observe a previsão legal acerca da autorização de coberturas além do rol:

Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (BRASIL, 2022, art. 2º, §13).

Contudo, convém registrar que, em que pese a nova lei apareça para sanar a controvérsia jurídica até então existente e autorizar legalmente a cobertura extra rol, a mesma apregoa apenas a sua indireta exemplificatividade. Justifica-se, pois, é possível notar que alguns dos requisitos determinados pela Segunda Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça foram preservados no texto legal como requisitos para que a cobertura possa ser efetivada nos casos em que não encontrem previsão. Logo, é possível visualizar a cautela apregoadada pelo texto de lei, posto que, indubitavelmente, a cobertura irrestrita poderá vir a afetar a estrutura interna da saúde suplementar no país, motivo pelo qual é imprescindível a análise da repercussão que a edição da Lei nº 14.454/2022 terá para os planos de assistência à saúde e seus conveniados.

6.A REPERCUSSÃO DA LEI Nº 14.454/2022

6.1 SOB O PRISMA DA SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO FACE AO PRIVADO

Em primeiro lugar, necessário registrar a evidente sobreposição do interesse público frente ao privado no caso posto em análise. Isso porque, em meio aos diversos debates no âmbito dos tribunais e que já se prolongavam a diversos anos, verifica-se a relevância da comoção social na resolução da questão, eis que na iminência de se aplicar um entendimento que poderia vir a prejudicar a sociedade, o interesse público não foi preterido. Ao que parece, um projeto de lei que poderia demorar anos para ser aprovado

e promulgado, como tantos outros, levou tão somente cerca de três meses para entrar em vigor.

Face a isso, é evidente o interesse em se observar o anseio social na integração e aplicação do direito, em especial porque as normas jurídicas devem ser criadas e alteradas em prol do convívio harmônico em sociedade e/ou para possibilitar o desenvolvimento. Nesse sentido, as normas estão em constante evolução e mutação, sempre em busca de atingir a sua real finalidade, de acordo com o contexto social em que se encontrem. Outrossim, acerca dos reflexos da interferência social no ordenamento jurídico, veja:

Essas normas, por sua vez, podem e devem ir-se modificando na medida em que a sociedade se aproxime ou se afaste de sua finalidade, pois é próprio a qualquer sociedade o movimento contínuo, uniforme ou não, com a modificação de suas normas, visando ao atendimento do fim estabelecido (NUNES, 2011, p. 342-343).

Por conseguinte, em que pese a Lei nº 14.454/2022 apregoe cautela quanto a natureza jurídica do rol, conforme anteriormente exposto, é possível inferir-se que o legislador nada mais buscou do que atender ao interesse público, quer autorizando a cobertura extrarrol, quer tão somente para se opor ao entendimento firmado pela Segunda Seção. Além disso, a promulgação da nova norma foi suficiente a atender o iminente anseio social, sendo que até o momento, quanto a aplicabilidade da norma, houve decisão no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CRIANÇA PORTADORA DE PATOLOGIAS RESPIRATÓRIAS (RINITE ALÉRGICA, ASMA HIPERSENSIBILIDADE A ÁCAROS) – IMUNOTERAPIA COM VACINA ANTIALÉRGICA HIPERSENSIBILIZANTE ESPECÍFICA – NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – RECUSA INDEVIDA – ROL EXEMPLIFICATIVO DA ANS – TRATAMENTO AMBULATORIAL – AUSÊNCIA DE CLAUSULA EXPRESSA PREVENDO A INCIDÊNCIA DE PERCENTUAL DE COPARTICIPAÇÃO – EXIGÊNCIA INDEVIDA - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...]. 2. Nos contratos de plano de saúde, quando houver previsão contratual de fornecimento de medicamento e respectiva prescrição de exame médico, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o custeio. O Rol de procedimentos médicos cobertos previsto pela ANS é exemplificativo (Lei nº 14.454, de 21/09/2022, que altera dispositivos da Lei nº 9.656,

de 3/0698). 3. Na espécie, havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio do tratamento médico (vacinas antialérgicas hipersensibilizantes), uma vez que o plano de saúde é obrigado a cobrir as despesas relativas ao tratamento. [...]. 6. Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais (MATO GROSSO DO SUL, 2023).

Dessa forma, conclui-se que o interesse público prevalece sobre o *pacta sunt servanda* ao passo que a *alea* dos contratos de planos de saúde passa a ser respeitada, pois se pressupõe que os convênios devam cobrir todos os tratamentos que se mostrem efetivamente necessários, a partir do preenchimento dos requisitos autorizadores. Evidencia-se, portanto, uma universalização dos serviços, de modo a atender todos os necessitados albergados por planos de saúde.

6.2 SOB O PRISMA DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Por outro lado, urge destacar que o Brasil vivencia reiterado aumento de preços nos planos de saúde, posto que “o valor médio que se paga por um plano de saúde aumentou no Brasil em 600% entre 2002 e 2021”, conforme afirmou Ligia Bahia, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no 1º Congresso do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) (SALLES et al., 2022, p. 38). Diante disso, em projeção futura, nota-se que a Lei nº 14.454/2022 é novo fator impactante aos cálculos atuariais dos convênios de saúde, posto que eles baseiam-se em “método probabilístico, formado pela avaliação do preço das coberturas ofertadas, da idade do usuário e dos custos e efeitos de doenças e acidentes” (REZENDE, 2011, p. 74), circunstâncias essas que são afetadas pela exemplificatividade do rol, de modo que importará na reorganização financeira. Isso porque as operadoras precisarão cobrir procedimentos e tratamentos que não entraram em sua análise de riscos e, conseqüentemente, haverá o reajustamento das contraprestações pagas pelos beneficiários dos planos de saúde, a fim de suplementar o fundo comum de cobertura.

Além disso, é de se considerar a observância ao princípio do mutualismo, inerente aos contratos de planos de saúde, posto que a carteira de beneficiários contribui em prol do fundo comum e o faz a fim de o destinar aqueles que dele necessitem, naquele momento. Nesse sentido, privilegia-se uns em detrimento de outros, motivo pelo qual “havendo distorção do sistema - ou seja, extrema utilização por todos - pode ocorrer o desequilíbrio econômico da relação contratual entre operadora e usuários” (REZENDE, 2011, p. 75). Lado outro, o desequilíbrio atuarial aliado ao aumento de preços ocasiona a marginalização da camada economicamente vulnerável, pois a coloca em posição ainda mais distante na adesão à saúde suplementar no Brasil, em especial face a possibilidade de ausência de recursos hábeis a cobrir todos os conveniados.

Ademais, a judicialização da questão de saúde prosseguirá com inclusão de outros sujeitos e sob aspectos distintos, inclusive em face do Estado, garantidor originário do direito à saúde, pela necessidade de tratamentos emergenciais e/ou demora nos atendimentos, sendo que tal entendimento foi adotado pelo presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar, no 5º Seminário Jurídico de Seguros, confira:

[...] De fato, a alteração aprovada na Lei no 14.454/2022 não modifica nossa forma de trabalhar, não modifica a forma de incorporar, mas escancara uma porta para que, no caso concreto, cada beneficiário possa procurar a operadora ou o Judiciário. E aí ministro, permita-me discordar de vossa excelência, mas acho que a judicialização vai aumentar, pelo menos no primeiro momento, porque esse infelizmente foi o espírito das pessoas que estavam discutindo esse projeto na Câmara e no Senado [...] (SALLES et al., 2022, p. 13).

Vê-se, por fim, possível padronização dos planos de assistência à saúde e grande possibilidade de restrição à livre concorrência ou, em visão mais crítica, a própria supressão da necessidade de edição do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

7.A DISCUSSÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 14.454/2022

Foi proposta, no dia 04 de novembro de 2022, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7265/DF pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - Unidas a fim de, dentre outros, declarar a inconstitucionalidade do artigo 10, §13, da Lei nº 9.656/1998, assim considerado pela nova redação dada por meio da Lei nº 14.454/2022. Os principais argumentos giram em torno do desrespeito ao próprio sistema de saúde suplementar brasileiro, sob o viés de complementariedade e subsidiariedade da prestação de saúde pela iniciativa privada, ao passo que o dever é, precipuamente, do Estado. Afirmam, ainda, que a definição de exemplificatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar atribui às operadoras da saúde ônus superior aquele destinado ao próprio Sistema Único de Saúde, novamente sob responsabilidade do Estado. Arguem, também, a interferência no sistema de freios e contrapesos, tendo em vista que a função de regulamentação da saúde suplementar no Brasil é de competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar, inclusive que o novo entendimento prejudicará os próprios beneficiários, que serão tomados por aumento nos preços das mensalidades do contrato.

Ademais, até a presente data, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7265/DF encontra-se pendente de julgamento.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto, depreende-se que a resolução da controvérsia da natureza jurídica do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar encontra-se longe chegar ao fim porquanto agora a discussão da questão será tratada diretamente na corte constitucional. Vê-se que, novamente, a sociedade encontra-se em um “limbo” contratual, tendo em vista que as operadoras passarão a negar a cobertura dos procedimentos e/ou tratamentos de saúde, que não encontrem previsão no rol de procedimentos, sob o pretexto de que os requisitos autorizadores da Lei nº 14.454/2022 não estão preenchidos. Por outro lado, o poder judiciário passará a determinar a cobertura quase que indiscriminada dos tratamentos e/ou procedimentos, sob o fundamento de que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar agora é tido por exemplificativo.

Destarte, até que a controvérsia seja novamente e efetivamente sanada, a sociedade continuará a sofrer com as negativas indevidas, com a superlotação do poder judiciário, com a nada célere tramitação processual, com constantes aumentos nos valores dos planos de assistência à saúde e, principalmente, com a insegurança jurídica de proteção aos seus futuros males de saúde.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). O que é o Rol de Procedimentos e Evento em Saúde. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir-1/o-que-e-o-rol-de-procedimentos-e-evento-em-saude>. Acesso em: 28 jan. 2023.

_____. Resolução Normativa - RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; [...]. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

_____. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Lei dos Planos de Saúde**. Brasília, DF: Presidência da República,

[2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Lei nº 14.307, de 03 de março de 2022. Altera a Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **REsp nº 1.733.013 – PR (2018/0074061-5)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020. Acesso em: 14 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Embargos de Divergência em REsp nº 1.886.929 – SP (2020/0191677-6)**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001916776&dt_publicacao=03/08/2022. Acesso em: 15 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019. 1 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. 3 v.

KORNIS, George; OLIVEIRA, Danielle. A política de qualificação da saúde suplementar no Brasil: uma revisão crítica do índice de desempenho da saúde suplementar. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 207-231, [S.I.] 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312017000200003>. Acesso em: 26 jan. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (3ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0838711-67.2019.8.12.0001**. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1381232&cdForo=0>. Acesso em: 03 mai. 2023.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos: teoria e prática**. São Paulo: SaraivaJur, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/735798?title=Planos%20de%20Sa%C3%BAde%20e%20a%20Tutela%20Judicial%20de%20Direitos>. Acesso em: 03 out. 2022.

PRAÇA, Fabíola Silva Garcia. Metodologia da pesquisa científica: organização estrutural e os desafios para redigir o trabalho de conclusão. **Diálogos Acadêmicos**, [S.I.], v. 8, n. 1, p. 72-87, jan./jul. 2015. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170627112856.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

REZENDE, Paulo. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, p. 72-73. 2011. Disponível em: <https://iess.org.br/sites/default/files/2021-07/2012Paulo%20Roberto%20Vogel%20de%20Rezende.pdf>. Acesso em 14 abr. 2023.

SALLES, Tiago. et al. Ministros e especialistas debatem temas securitários de grande repercussão no STJ durante o 5ª Seminário Jurídico de Seguros: Os caminhos para a desjudicialização dos seguros. **Revista Justiça e Cidadania**, ISSN 1807-779X, [S.I.], [S.I.], n. 268, p. 01-55, dez. 2022. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2022/12/REVISTA-268_DIGITAL.pdf. Acesso em: 05 mar. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1005457-40.2021.8.26.0008**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15553815&cdForo=0>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1053, 20 mai. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8382/o-direito-a-vida-e-as-obrigacoes-do-estado-em-materia-de-saude>. Acesso em: 21 jan. 2023.

OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

LARA CARDOSO AUGUSTINI:
Graduanda em Direito da
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis/ SP.

RESUMO: O presente artigo analisa os meios extrajudiciais tais como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, como método alternativo de solução de conflitos. Serão analisados as principais características e diferenças entre os procedimentos, com o propósito de evidenciar a sua importância e particularidade no âmbito do processo de descongestionamento do Poder Judiciário. Discutir acerca das medidas alternativas presente no ordenamento jurídico brasileiro, no qual foi implementado pelo próprio Estado. Afim de que, ele manterá sempre que for possível, a solução consensual dos conflitos, assim evita-se o excesso de demanda no Poder Judiciário. A sociedade tem a presunção de que o Estado terá a resposta efetiva e imediata dos inúmeros conflitos. Todavia há um grande aumento desenfreado no número de ações pleiteadas, certamente obteve-se uma levada crise no judiciário, que muitas vezes não está preparada para resolver, no tempo razoável, todas as demandas apresentadas. Portanto, teve a exigência da criação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, visando sanar as dificuldades e restabelecer a confiança da sociedade. A lei nº 13.105/15 veio com o intuito de incentivar o uso dos meios alternativos, na busca de enquadrar o processo no novo meio jurídico e social.

PALAVRAS CHAVE: Os meios alternativos de solução de conflitos; Negociação Mediação, Conciliação; Arbitragem.

ABSTRACT: This article analyzes extrajudicial means such as negotiation, conciliation, mediation and arbitration, as an alternative method of conflict resolution. The main characteristics and differences between the procedures will be analyzed, with the purpose of highlighting their importance and particularity in the context of the process of decongesting the Judiciary. Discuss about the alternative measures present in the Brazilian legal system, in which it was implemented by the State itself. In order to maintain, whenever possible, the consensual resolution of conflicts, thus avoiding excessive demands on the Judiciary. Society has the presumption that the State will have an effective and immediate response to numerous conflicts. However, there is a large unbridled increase in the number of lawsuits filed, certainly a serious crisis was obtained in the judiciary, which is often not prepared to resolve, in a reasonable time, all the demands presented. Therefore, there was a requirement to create alternative methods of conflict resolution, aiming to remedy

difficulties and restore society's trust. Law nº 13.105/15 came with the intention of encouraging the use of alternative means, in the search to frame the process in the new legal and social environment.

Keywords: Alternative means of conflict resolution. Negotiation; Mediation; Conciliation; Arbitration.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. NOÇÕES GERAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS; 2.1 CONFLITO; 3. MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO; 3.1 AUTOTUTELA; 3.2 HETEROCOMPOSIÇÃO; 3.3 NEGOCIAÇÃO; 3.4 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO; 3.5 AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA; 3.6 ARBITRAGEM; 3.7 NOVOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS; 4. A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é analisar os meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Atualmente sabe-se, que a demanda vem crescendo aceleradamente, de modo que sobrecarrega o Poder Judiciário, e com isso acarreta a lentidão com relação aos prazos intermináveis, e casos que ainda nem se quer foram julgados, porque houve a prescrição. Hoje em dia, existe a possibilidade para a resolução de conflitos, de forma extrajudicial, com propósito de não sobrecarregar o judiciário. De forma que, poderia ser resolvida por esses meios alternativos.

Ao longo do tempo sempre houve a crença de que o método mais adequado, e mais justo seria aquele ofertado pelo próprio Estado, ou seja, todo o interesse impugnado pelas partes deveria passar pela jurisdição e passar pelo processo judicial. No entanto com a era da globalização e com uso de novas tecnologias tanto científica quanto de novas comunicações, vieram diferentes formas de conflitos, que regra é sentenciada pelo Poder Judiciário, de forma que, encontra-se em um estado de crise. Essa crise é caracterizada pelo impedimento ao acesso à justiça, cujo o qual, o que mais repercute é principalmente a excessiva lentidão nos julgamentos de causas que com isso, gera um enorme acúmulo de processos em todos os juízos. Ocorrendo que, as partes que serão mais afetadas são os mais necessitados, diante disso, acaba cada vez mais mantendo-se distante jurisdição.

Considera-se o Estado responsável pela tutela dos interesses da sociedade, sendo que não obtém o suporte capaz de atender uma crescente demanda existente na esfera judicial, que propiciou uma crise no Poder Judiciário. Sendo assim, surgiram os meios de resoluções de conflitos, apontados como uma das soluções para esse problema.

O atual Código de Processo Civil, ressalta a busca por uma composição consensual, estimulando a prática da conciliação, mediação e arbitragem, visto que em sua redação é

esperado que grande parte dos conflitos seja solucionada, para que nem ser quer compareça na jurisdição, para que as partes solucionam os seus próprios conflitos. Diante da quantidade enorme da demanda jurisdicional, o texto de lei, quer assegurar o pleno acesso à justiça através da razoável duração do processo, sendo justa e eficaz.

É necessário a incrementação da busca para a solução da atual crise, que consta no Poder Judiciário. O poder legislativo implementou leis simplificadas, incentivando a conciliação. Ademais, hoje em dia obteve-se a promulgação da Lei de Mediação, bem como consta no novo CPC, trazendo um novo olhar no âmbito dos meios consensuais, ao positivar e estimular o seu pleno uso na resolução de conflitos. Já na esfera do Poder Judiciário consta uma grande atuação do Conselho Nacional de Justiça que vem enunciar resoluções e implementar programas e projetos, visando a garantia a um efetivo acesso à justiça através desses meios consensuais.

Em síntese, irá abordar a conciliação, a mediação e arbitragem novo Código de Processo Civil, de forma que traz uma grande expectativa para as resoluções, a fim de que, essa crise que consta nos atuais foros, garantir o pleno acesso à justiça, com a finalidade de reduzir a quantidade de processo na jurisdição brasileira. Portanto, uma das principais mudança é estimular a autocomposição.

2. NOÇÕES GERAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Não obstante, nenhuma pessoa estabelece que o ser humano consegue viver apartado. O homem é, a princípio um animal político considerando que, para existir precisa do convívio, especialmente de seus similares. Há diversas teorias, em que exibem a criação da sociedade. Um indivíduo primeiramente antes mesmo de ganhar vida, situando-se, no ventre materno imediatamente tem para si garantidos determinados direito de ordem civil.

De acordo com, Battista Mondin "já afirmara que a sociabilidade do homem ganha prova na medida em que ele "tem propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens"" (GUILHERME, 2022, p.32).

Enquanto que, Aristóteles acreditava que o homem era formado pelo corpo e alma, portanto não conseguiria autorrealizar, necessitando criar vínculos junto com outros homens no sentido de agradar os seus desejos. Dessa forma, os contratualistas vieram insistir em ensinar acerca da criação do Estado e o impulso associado ao homem. Tais como Hobbes, Spinoza, Rousseau e Locke caracterizaram a época contemporânea e os agrupamentos de pensadores. Compreendiam, que há ausência do impulso natural, contudo, da mesma forma a união de interesses a partir da sua conveniência.

Em contrapartida, Jean Jaques Rousseau em Contrato Social, estabeleceu que o homem era basicamente bom e livre. Entretanto, a sociedade e o aparecimento da propriedade privada teriam deteriorado, ocasionando deste modo, conflitos sociais. O filósofo acreditava que a opção apontada pelo homem com dificuldades teria constituído pela a organização do Estado, no qual foi orientado pela vontade geral e não pelos interesses particulares.

Verifica-se, inclusive mesmo tendo, a imposições de limitações e regras, o ser humano tem por sua natureza as suas ambições é plausível o pensamento de um homem que possua vontade de ter para si um bem, no sentido de contentamento pessoal. Assim sendo, será inaceitável a disposição de bens e coisas a todas as pessoas, existe uma situação em que o indivíduo meramente não responde ao disposto estabelecido pelo Estado, afrontando a norma e a própria sociedade.

Desde de uma época remota, até os dias atuais a existência de um conflito de interesse entre particulares a solução seria por meio da força, entre a vítima e o ofensor, de modo que o Estado, até aquele momento, era iniciante, interferia quando o litígio tratava de assuntos religiosos. Diante disso, o mais prudente é solucionar as disputas pelo uso dos costumes. Entretanto a segunda fase partiu em direção a vingança coletiva ou individual, sendo assim, o ofendido receberia uma indenização que repercutisse suficiente para ambos os lados.

Porém, conforme as partes em nenhum momento, elas não alcançavam um denominador comum em correspondência a reparação, atribuindo o começo uma terceira fase, no qual cabe ao Estado intervir, impondo para as partes designar um árbitro para mencionar o mérito da indenização. Na quarta fase, o Estado distanciou da utilização da justiça privada, introduzindo-se no poder exclusivo de solucionar os conflitos.

De maneira que, o percurso exclusivo estatal em solucionar os litígios, desistiu de ser lógico, levando em conta a saciedade da via judicial, devido ao fato da dificuldade, do aparato estatal de ter o potencial em conseguir dar conta de solucionar os inumeráveis litígios, que ao mesmo tempo começou a aumentar nos cartórios judiciais do País. Além disso, existem outras modalidades de impedir litígios para que não ocorra, estas formas vêm ganhando bastante força, sendo assim foram manifestando igualmente ou por vezes até mais eficiente e apresentam ser mais aceito por pessoas físicas, pela sociedade e entidades.

Por conseguinte, anteriormente existia como meios alternativos de solução de conflitos, atualmente o mais correto é denominado como meios extrajudiciais de solução de conflitos, acerca de, foram interpretados como uma impugnação ao Poder Judiciário, sobrecarregado e com dificuldades, no sentido de, respirar e no momento atual, em consequência de, suas qualificações, bem mais que uma opção esse contexto fortaleceu

como pertinentes instrumentos de resolução de conflitos, sem ter em conta a circunstância que conquista o Judiciário.

2.1 CONFLITO

O conflito nasce quando existe concorrência entre indivíduos e pontos de vista diferentes compreendem-se, que suas exigências não são capazes de agradar ao mesmo tempo. Posto isto, existe o conflito no momento em que, há uma explícita compreensão de discordância de interesses, ou de convicção das partes de seus anseios a serem realizados coexistente ou ao mesmo tempo.

"Conflito é mais que um desacordo, que uma discordância entre os membros de um grupo: implica um elevado envolvimento na situação, a emergência de uma certa "intensidade de emoções e a percepção da existência de oposição e de tensão entre as partes". (GUILHERME, 2022, p.41).

No entanto, há a possibilidade de observar as formas não somente para solucionar o conflito já registrado, além disso, os meios para impedir que eles adquiram vida. O direito afirmativo presume o confronto entre as partes litigantes, cujo qual, elas busquem demonstrar a veracidade de uma eventualidade fática para a aplicabilidade de uma importância jurídica. Por esse motivo, normalmente tem um dos lados com precaução do bem anelado, enquanto a parte inversa esvaziada.

"Porém, para, em certa medida, contrariar a natureza mais comum ao direito e justificar os meios extrajudiciais de solução de conflitos, elementos comuns ao primeiro como o poder, o uso da força e a autoridade tiveram sua importância suavizada, cedendo espaço aos mecanismos negociais, em que se evidencia o consentimento da parte contrária como forma construtiva para a formação de vínculos à solução do problema. Existiu uma clara "mudança de paradigmas, passando-se da metodologia do confronto e da manipulação para a teoria dos métodos cooperativos" (GUILHERME, 2022, p.50).

As instituições que compõem os meios extrajudiciais de solução de conflitos admitiram notoriedade e essencialmente autonomia e independência. Perante o exposto, quer dizer que, não são meios meramente alternativos à justiça ordinária, no entanto são possibilidades reais efetuadas pelas partes determinada condições pertencentes aos meios extrajudiciais de solução de conflito.

É essencial reconhecer que no período da pandemia foram usados excessivamente os meios extrajudiciais de solução de conflitos on-line. No qual, procedeu da Lei de Mediação (art.46 da Lei n.13.140/2015), na época da Covid-19 eternizou. As divergências cresceram, sem sombras de dúvidas, devido ao estado financeiro e emocional das pessoas, mas alcançaram esta instabilidade através das plataformas on-line, sendo um excelente meio de solução possivelmente o único.

3.MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Segundo o entendimento comum, a sociedade contemporânea expõe um exorbitante grau de transformações em todos os parâmetros e nas relações entre organizações e pessoas. Isto é, na extensão em que os indivíduos indispensavelmente necessitam conviver e repartir dimensões, é instintivo que o ser humano periodicamente conclua por contribuir pelos mesmos bens ou detenham unicamente preferências. Dessa magnitude comum percorrem em muitas conjunturas de competência o conflito. Em conformidade com essa situação compete ao universo jurídico providenciar os recursos eficientes e adaptados para investigar respostas tenham como consequência o reequilíbrio social.

Adiante à reflexão deslocou-se para o surgimento de estratégias com a correta emancipação e que pesquisavam oferecer capacidade e aplicação diversa ao Judiciário. Nasceram singularidades alternativas de absolvição do conflito, das quais o atributo fundamental é o afastamento ao sistema jurídico público. O litígio desenvolve no momento, em que pontos de vistas distintos compreendem que suas imposições não toleram ser saciada ao mesmo período. Significa exprimir "um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que estão presentes no cotidiano de todas as pessoas, tanto nas relações interpessoais quanto organizacionais" (Folberg, J;Taylor 1984, p.42).

No entanto, há a possibilidade de detectar estruturas não apenas para solucionar o conflito já irradiado, contudo existe eventualidades para impossibilitar que triunfem e ganhem vida. O direito afirmativo presume a guerra entre as partes litigantes, no qual buscam no extremo comprovar o aparecimento de uma conjectura fática com destino a aplicabilidade de uma repercussão jurídica. Não obstante, diante da extensão em contradizer a natureza com maior intensidade ao direito em legitimar os meios extrajudiciais de solução de conflitos, integrantes comuns preexistente como o poder, o uso da força e autoridade trouxeram mérito, disponibilizando superfícies de procedimentos negociais, nos quais destaca-se a aderência de umas das partes, como a forma edificante para a criação de ligações à resolução da adversidade.

Os meios extrajudiciais de soluções de conflitos solucionam à estrutura de possibilitar a regeneração de conflitos implementam proporções para propiciar e sanar obstáculos, a fim de que, seja reluzente e célere. Essencialmente encontra-se quatro tipo, a compreender: a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

“A oposição dos contrários é condição da transformação das coisas e, ao mesmo tempo, princípio e lei. O estado de estabilidade, de concordância e de paz é apenas uma confusão das coisas no abrasamento geral... O que é contrário é útil, e é daquilo que está em luta que nasce a mais bela harmonia; tudo se faz pela discórdia... O combate é o pai e o rei de todas as coisas; de alguns, ele fez deuses, de uns escravos, de outros homens livres.” (HERÁCLITO DE ÉFESO, século V a. C.).

Em conformidade com, há divergentes percursos que são capazes de transformar o Judiciário efetivamente a inovação da escolha aos conflitos habituais e que não solicitam apreciações técnicas e burocráticas excessivamente complexas, no qual acaba distanciando da visão popular cujo qual, apenas o Estado ou o juiz de direito detém meios, capacidade e legitimidade para solucionar o conflito.

Verdadeiramente, as formas alternativas não são permanentes a depender da fiscalização do Judiciário, igual a diretriz que está prescrita no artigo 33 da lei nº 9.307/96, relacionado à nulidade da sentença arbitral. Apesar disso, o que é encantador neste meio é a celeridade e o menor desembolso, exceto os acontecimentos quando o sigilo é mais prudente à publicidade.

Há condições diversas no momento em que, entendemos os meios alternativos de resolução de conflitos, tornando-se os mais habituais sendo eles, a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação. A propósito, a descrição sobre os autos acompanha um parâmetro internacional, existe novos meios, no qual ainda não está incorporado no ordenamento brasileiro, contudo encontram-se, nos ordenamentos estrangeiros.

3.1 AUTOTUTELA

A autotutela consiste na competência de a administração ratificar as suas ações, invalidando os diversos ou inconvenientes e anulando os atos ilícitos, dessa forma, o conceituado direito adquirido, irá reparar os injuriados na hipótese de o fato ocorrer. Segundo a norma, o princípio da autotutela, a Administração Pública cumpre a gerência em relação à inerente as declarações, havendo a probabilidade de invalidar os ilegais e de anular os inconvenientes. Posto isso, remedeia a Administração, no qual encontra-se, associado à lei, sendo capaz de efetivar a fiscalização da legitimidade de seus atos.

Nessa perspectiva, decreta a Súmula 346, do Supremo Tribunal Federal: “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Efetivamente é o mesmo percurso que a Súmula 473 da Suprema Corte, “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Da mesma maneira, a autotutela pertence ao poder da Administração de vigiar os bens, cujo qual, incorporam seu patrimônio, sem a conveniência de título oferecido pelo Judiciário. Versa sobre a relação da resolução de conflitos de interesses, as quais oferece por exigência pelo anseio deles, por intermédio de suplício proveitoso de terceiro. O desfecho egocêntrico e fragmentário do litígio. O “juiz da causa” representa o quinhão das partes.

De acordo com Proceso, autocomposición y autodefensa. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1991, p.50:

“La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo on en la guerra, resuelvem o intentam resolver el conflicto pendiente com el otro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso”.

Via de regra, a Autotutela existe pela exigência de um anseio individual causando prejuízo ao direito da outra parte. Visto que, é realizado exclusivo, ou seja, por um particular, há a possibilidade de constituir crime tipificado, de acordo com, o funcionamento eventual inerente aos pressupostos com relação ao artigo 345 do Código Penal, no qual será caracterizado o exercício arbitrário com suas próprias razões, e se realizada pelo poder público, tem o potencial de caracterizar excesso de poder. São exemplos de autotutela admitido, sendo eles: o desforço incontinenti do possuidor, no caso de violência a sua posse (art.1.210, §, Código Civil), a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos, a guerra etc.

Embora oferecesse esse modelo de resolução de conflitos, em que encoraja o direito à legítima defesa, por esse motivo eventualmente o método não é muito interessante para o propósito intencionado pela jurisprudência.

3.2 HETEROCOMPOSIÇÃO

Destarte a heterocomposição o litígio está solucionado mediante a interferência de um terceiro, cujo qual, encontra-se distante do conflito inicial. Ao invés de as partes eventualmente controlar o esclarecimento, a lide é apresentada a um juiz que submete à um veredito.

3.3 NEGOCIAÇÃO

A negociação é um sistema alternativo excepcional onde não envolve na sua utilidade o uso de um terceiro, no qual, não pertence a lide, ou seja, ele será um contribuinte com justiça e irá colocar uma conclusão na lide. É um método ágil em que as próprias partes procuram alcançar um acordo que consiga ser agradável para os litigantes, provavelmente com permissões até que seja norteado para uma composição. Uma vez que, não há a mediação de um terceiro no enlaçamento, é indispensável que exista o compromisso das partes com o propósito de encerrar a controvérsia.

Em concordância com Huberto Chiesi Filho:

"A negociação é o aspecto central dentro dos métodos autocompositivos, já que a conciliação e a mediação representam meios para viabilizar e assistir uma negociação, tendo em vista que quando há a presença de terceiros (conciliadores e mediadores), estes não têm o papel e tampouco o poder de decidir" (GUILHERME, 2022, p.70)".

A negociação é um procedimento involuntária e informal. Desta forma, necessita haver certa atenção com a descoberta dos interesses partilhados e maximalizar os resultados conjuntos. Perante o exposto, os principais passos para uma efetiva negociação necessitam ter: a criação de um ambiente efetivo; esclarecimento e compreensão das partes; foco nas necessidades tanto individuais quanto compartilhadas; construção de um domínio positivo e compartilhado; cuidado com o futuro e em seguida reflexão sobre o passado; geração de preferências; desenvolvimento do caminho; estabelecimento de acordo mútuos (Art. 104 a 232 do CC).

Portanto, a negociação tem como base observar o essencial e auxiliar a parte contrária para restabelecer o equilíbrio mental, e esfriar as emoções negativas, tal como o medo, a desconfiança, a defesa e a hostilidade. Isso acaba desarmando a parte litigante. Preliminarmente, uma negociação justa é aquela que evidencia confiança e demonstra não uma vitória. Na realidade, precisa apresentar um êxito para ambas às partes.

3.3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Implementou-se no Brasil, à ciência pública do procedimento adaptado em relação aos conflitos que ocorre no âmbito jurídico, é perceptível o incentivo pela autocomposição (Resolução n. 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça). Foi reconhecido, que a conclusão negocial jamais será exclusivamente um meio eficaz e econômico de soluções de conflitos, pertence ao respeitável utensílio do desenvolvimento dos direitos e deveres do cidadão, perante os interessados movem-se para a ser protagonistas do edifício da determinação jurídica, no qual estimula as suas relações. Nessa perspectiva, há o incentivo à autocomposição, em que, pode ser compreendida como um auxílio com a atuação popular no desempenho do poder, diante disso, é a autoridade para resolver os conflitos. Possui, inclusive um forte caráter democrático.

O Conselho Nacional de Justiça vem efetuando uma importante função como administrador, em relação a essa política pública, no campo do Poder Judiciário. A Resolução n. 125/2010 do CNJ autentica esse instrumento.

Essa Resolução, instaurou a Política Pública do procedimento adaptando vínculo de conflitos dos interessados; estabeleceu a função do Conselho Nacional de Justiça, visto que, como é um organizador desta política pública no espaço do Poder Judiciário (art.4º); decreta a criação, pelos tribunais, dos centros para a resolução de conflitos e cidadania (art.7º); dispõe a atuação do mediador e do conciliador (art.12), incluindo até a formação do seu Código de Ética; atribui aos foros o encargo de criar, preservar e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art.13); indica o currículo mínimo com a finalidade para o curso de habilitação dos mediadores e conciliadores.

A mediação e a conciliação são métodos de meios de resolução, pelo qual, um determinado intercessor controla dentro do processo negocial, simultaneamente o cargo em decidir a adversidade e auxiliar as partes para alcançar à autocomposição. Ao intercessor não compete decidir o problema, de modo que, ocorre na arbitragem, o mediador/conciliador desempenha a função de incentivar a solução negocial do conflito. De modo algum, não é categoria de heterocomposição de conflito, portanto refere-se a exemplos de autocomposição, em companhia de um terceiro. Diante disso, os aspectos aproximam as duas técnicas. Porém, existe uma diferença entre as duas técnicas, no qual é bem sutil. A doutrina habitua-se em conceituar como métodos diferentes, a fim de alcançar a autocomposição.

O mediador desempenha o papel, de tal maneira diversificada. Pertence a ele auxiliar, onde será o condutor de comunicação entre os envolvidos, no qual será um facilitador de interação entre os interessados, ajudando a entender os assuntos e os

interesses em conflito, para que eles sejam capazes de reconhecer, por si mesmos, respostas consensuais, no qual irá constituir privilégio recíproco. Logo o procedimento da mediação, o mediador não recomenda soluções entre os envolvidos. Sendo assim, ela é reconhecida nos casos em que, encontre-se um vínculo anterior e constante entre os envolvidos, assim como as situações de conflitos societários e familiares. A mediação será bem-sucedida quando os interessados alcançarem e resolver as negociações da lide.

Em síntese, explica a autora Maria de Nazareth Serpa, ao exprimir sobre o assunto:

“Um processo informal, voluntário, em que um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta. (Maria Nazareth, 1997, p. 105.)

O Conciliador tem uma atuação bastante atuante no processo, no ato de negociar, tendo o potencial, inclusive de recomendar soluções para solucionar o litígio. O método de conciliação é apropriado para acontecimentos, que ocorrem, quando não há vínculo antecedente entre os interessados. Por conseguinte, a conciliação proporciona a atuação do terceiro, ou seja, irá atuar de uma forma bem eficaz a fim de que, o conflito seja solucionado. Na realidade, os protagonistas essenciais da percussão, são os próprios litigantes que delimita o que, o conciliador em que, terá à obrigação de ocasionar o norte das partes e da própria lide com o objetivo de existir o pacto.

O Conselho Nacional de Justiça expõe sobre a conciliação interpretando-a, no qual entende-se sobre essa óptica da seguinte maneira:

“Um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações”

O art. 165, § 2º e 3º, explica a conduta do conciliador e do mediador.

A mediação e a conciliação conseguem remediar extrajudicialmente ou judicialmente, no momento em que, há o processo jurisdicional. Neste caso, o mediador e

o conciliador são colaboradores da justiça. Desse modo, à execução é importante, porque eles têm a obrigação de aplicar as regras tocante ao tipo de sujeito processual, incluindo atos de impedimento à suspeição (arts.148, II, 170 e 173, II, CPC). A mediação e a conciliação têm, a possibilidade de acontecer em câmeras públicas, instituições vinculadas ao tribunal, ou então em ambiente privado, em câmaras privadas e também em escritórios de advocacia.

Os diligentes conseguem optar, constantemente, o mediador e o conciliador e a câmara privada no sentido de efetuar a mediação ou a conciliação (art. 168, CPC). A alternativa pode recair sobre um profissional em que, não esteja inscrito no tribunal (art.168, § 1º, CPC). Diante disso, necessita efetuar esse registro (art.167, caput). Em suma, é importante ter o cadastro, porque os mediadores e conciliadores tem a responsabilidade de passar por um curso de habilitação, do qual o programa é determinado pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, podendo ocorrer a subjugarem a possíveis reciclagens periódicas (art.167, § 1º, CPC; art.12, Resolução n. 125/2010 do CNJ).

Desse modo, aduz o art. 1º do Código de Ética “São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”.

O art. 166 do CPC menciona, quais são os princípios que orientam a conciliação e a mediação. Sendo eles, os da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Inclusive esses princípios são encontrados no art.2º, da Lei n.13.140/2015, no qual consta a mediação.

A independência governa o desempenho do mediador e do conciliador, além do mais possui o dever de agir com liberdade, destituído de qualquer imposição interna ou externa, é permitido recusar suspender ou interromper a sessão em que há, negligência de situações, no qual são necessárias para o seu progresso, muito menos acontecer a obrigação de escrever concordância ilegal ou inexequível.

Primordialmente a imparcialidade é verdadeiramente essencial em uma ação de mediação ou conciliação. Portanto, tanto o mediador quanto o conciliador, em hipótese nenhuma poderá obter benefício na lide e nunca aceitar favor ou presente. Pertence ao princípio da impessoalidade, da administração pública, no qual deve ser respeitado.

O princípio do autorregramento da vontade consiste, no efeito da liberdade. Por conseguinte, tanto a mediação e à conciliação, representa uma presunção e, simultaneamente, a sua respectiva razão de ser, ou seja, tudo é pensado para que ambas as partes estabeleçam prudentemente a melhor solução para seus dilemas jurídicos. Os

mediadores e conciliadores são vedados de coagir os envolvidos à autocomposição. Diante do exposto, a vontade das partes tem o potencial de conduzir, também definições regras de atuação dentro do procedimento da mediação e conciliação, obviamente, poderá ocorrer a extinção do processo negocial.

A confidencialidade tem o comprometimento de preservar o sigilo de informações alcançado em reuniões, exceto se obter anuência das partes, sendo assim, se houver a violação à ordem pública ou de leis vigentes, em nenhuma circunstância será capaz de atuar como testemunha do caso, e jamais executar a função de advogado dos interessados, em qualquer eventualidade. Sendo assim, o mediador e o conciliador devem manter o sigilo profissional.

A oralidade e a informalidade dirigem a mediação e a conciliação. As duas contribuem dentro do processo para que obtenha mais “leveza”, a ausência do rito e a simbologia inerentes em relação a representação jurisdicional. O mediador e o conciliador necessitam transmitir em um jargão simples e compreensível e não devem utilizar nenhum tipo de roupa formal, exemplo seria talar, toga etc. A princípio é pertinente que o negócio concretize em um ambiente pacífico, na condição, se possível sem barulho, em uma mesa redonda e com paredes no qual tenha a cor em tons neutros. Todas as perspectivas cênicas respeitáveis, permitem uma interação franca, e ainda fortalecem a oralidade e a informalidade.

3.4 AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA

O Estado dispõe sobre o privilégio em relação a resolução de conflitos, através de recursos judiciais onde à atribuição da jurisdição, os meios alternativos consentem a autocomposição jamais irá permitir uma extensão sobre esse monopólio a acerca da função do carecimento da legislação nacional em direção a seu objetivo, ou seja, a sua execução. Tais métodos são admitidos pelo próprio Estado e, conseqüentemente há a possibilidade de exprimir, cujo o qual, integram a jurisdição. Existe a probabilidade, claramente de resolução de conflitos desprovido da interferência, isto é, de um terceiro. Nesse ponto de vista, convém atualmente evidenciar uma determinada característica da audiência conciliatória, é o período fundamental nos processos de procedimento comum. Seu propósito na qualificação sobre o início estabelece a concepção de que, depois da dedicatória de resolução, o conflito conseguirá aumentar, reconduzindo mais exigente a conciliação das partes.

A diligência pelo recurso consensual dos conflitos regressa à conhecida como norma fundamental do processo civil, pressuposta pelo artigo 3º, § 2º e 3º do CPC. O inesperado da conciliação nessa etapa é precisamente a inicial do processo, visto que, representa ao princípio econômico, pois economizará de avançar a fases mais antecipadas. A partir do

momento em que, efetue todos os requisitos de admissibilidade e não seja fato de incoerência do plano, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação, onde contribuirá necessariamente, em que possuir um conciliador ou mediador. Passará a ser feita nos centros judiciários de solução consensual de conflitos, prenunciado no artigo 165, caput, no qual será feita com precedência mínima de trinta dias. O réu será citado no mínimo de 20 dias de precedência.

“Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de cinco dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa (art. 154, parágrafo único, CPC)”.

O juiz só poderá renunciar em duas hipóteses: quando não for possível a autocomposição ou quando ambas as manifestarem, expressamente, o seu desinteresse na composição. O autor deverá efetuar na inicial e o réu próximo de dez dias de antecedência, expostos no período determinado pela audiência. Nessa perspectiva, prescreve o exposto 61 da ENFAM: “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art.334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa, no qual é tratada pelo art.334, parágrafo 8º”.

A audiência consiste em conciliação ou mediação, todavia dependerá como desloca-se, qual o tipo que pertence esse conflito, assim usará determinadas técnicas, cujo o qual, será empregada, ou seja, será analisado o tipo de destreza que é esse conflito. Excepcionalmente do que acontecia no CPC/1973, a audiência de conciliação ou mediação consistirá empreendida anteriormente apresentado pela defesa. Usualmente deveras, uma audiência preliminar o CPC universalizou, por esta razão a norma tem um modelo em que, vem sendo executada muito antes no ambiente dos Juizados Especiais.

Determinada a data, a presença das partes é essencial. O não comparecimento delas implicará auto atentatório à integridade da justiça, incidindo o ausente em multa inclusive de até 2% da superioridade econômica pretendida, no qual regressará, em obséquio da União ou do Estado. As partes tem a responsabilidade de apresentar-se à audiência conduzido de seus advogados ou de seu Defensor Público. A ausência destes, porém, não compromete ato atentatório, tampouco obstrui do que se pretenda na conciliação, que é ato jurídico material, em direção ao qual o comparecimento do advogado não é obrigatório. O juiz jamais exonerará a audiência, exceto nos casos em que a lei disser. Continuamente essas ocorrências, ela é de satisfação inevitável.

3.5 ARBITRAGEM

A arbitragem é norteada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, onde ocasionou excessivas inovações, alterando a sua perspectiva no Brasil. Assim sendo, a lei vivenciou consideráveis transformações com a publicação da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, no qual aprovou a aplicação da arbitragem pela administração pública direta e indireta, no qual foi discutido acerca de direitos patrimoniais disponíveis, e regularizou o deferimento de tutelas provisórias nos procedimentos de arbitragem. A indispensável novidade da nova inovação da lei em reconduzir a prescindível a homologação das decisões arbitrais pelo Judiciário. O art. 31 da Lei n.9.307/96 designou “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”.

A arbitragem consiste na concordância de decisões entre as partes maiores e capazes onde, opta por não submeter, a decisões judiciais, dessa maneira esperam de árbitros que solucione os conflitos, uma vez que, está relacionado a direitos patrimoniais disponíveis. Em síntese, há compreensão de determinados aspectos relevante, no qual a arbitragem presume pessoas capazes de contratar direitos disponíveis. Podendo ainda, obterem por acordo de vontade, a retirada de determinadas inquirições da análise perante o poder Judiciário, transferindo a resolução para os árbitros. Dessa forma, não irá ocorrer a ilegalidade ou a inconstitucionalidade, visto que, as partes podem desfrutar desse direito.

Assim, esclarece Modesto Carvalhosa e Nélon Eizirik:

“Na autonomia da vontade, que constitui, no plano dos direitos subjetivos, o poder de autorregulamentação ou autodisciplina dos interesses patrimoniais. No plano sociológico, a ontologia do instituto é a de promover melhor distribuição da justiça em decorrência da presteza e aprofundamento técnico que a sentença arbitral pode trazer às partes que convencionarão. (Carvalhosa, Modesto; EIZIRIK, Nélon, 2001, p. 180).

A arbitragem é uma excelente opção como uma forma alternativa de resolução de conflitos de interesses, mediante o exposto, irá dispensar a assistência do Judiciário. Diante disso, poderá obter alguns benefícios. Exemplo seria:

- 1- A perceptível sobrecarga de ações postuladas em juízo e tribunais e a multiplicidade de recursos onde consegue procrastinar o seu desfecho. A arbitragem oferece vantagens, no qual realiza de forma mais ágil as controvérsias.
- 2- Eventualmente, o assunto será questionável à sua natureza, no qual é bastante exclusiva e requer uma competência técnica particular. As partes conseguem solicitar a resolução para os árbitros providos de conhecimentos necessários. A

indagação seria decidida pelo juiz, no caso se fosse levada ao Judiciário, mas ele provavelmente teria que ter o apoio de peritos, no qual exaltariam ou atrasariam a solução.

Existem duas espécies de arbitragem previsível no art.2 da Lei n.9.307/96 a de direito ou de equidade, a critérios das partes. A primeira é que a arbitragem de direito determina que os árbitros resolvam de forma concordante com a lei, onde incorporam o ordenamento jurídico pátrio. A fim de que, a sentença arbitral seja inquestionável, e o árbitro tem a obrigação de justificar conforme as normas legais. Haja visto, que a arbitragem de equidade ela consente o árbitro a dar à impugnação a solução, em que aparenta ser mais justa e mais admissível, mesmo que não obtenha o suporte do ordenamento jurídico. Diante disso, só será executável porque os direitos em disputa são patrimoniais e disponíveis. A arbitragem, no qual abrange a administração pública direta ou indireta será sempre de direito, não existindo a perspectiva de os envolvidos escolherem pela equidade.

Além disso, o art. 3º do texto de lei determina duas técnicas as partes interessadas conseguem contar com a arbitragem através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Portanto, a cláusula compromissória existe um contrato entre as partes onde elas possuem um compromisso, no qual elas se submetem à arbitragem os conflitos em que sejam capazes de ocorrer, em relação ao estipulado acordo. Existe um tratado no qual as partes garantem, mutuamente, submeter à arbitragem acidentais conflitos, de forma que, poderia aparecer segundo estabelecido no contrato. Enquanto que, o compromisso arbitral segundo o art.9, caput de Lei Arbitragem pronuncia "O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

Ademais, à possibilidade da cláusula compromissória, no qual o juiz é capaz de enxergar constrangido a deliberar sobre a capacidade do acordo e orientar os árbitros, eles são voluntariamente determinados pelas partes, e não há imposições legais em consideração a sua orientação, com exceção de eles forem capazes. Dessa forma, a norma determina no art.13º da Lei de Arbitragem "Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes". No entanto, existe um número reduzido de limitações no art. 14º "Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando- se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidade, conforme previsto no Código de Processo Civil".

Existe uma determinação, em que fundamenta o porquê o árbitro, exerce esse cargo, necessitando prosseguir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Além do mais, não há regras no número de árbitros. Há a possibilidade de ser somente um ou mais de um. Todavia, para que não exista empate a norma estabelece que as partes nomeiem um número ímpar.

A solução do litígio será decidida pelo árbitro, através da sentença arbitral, onde por meio do título executivo judicial. Diante disso, o prazo para pronunciar é determinado pelas partes, no acordo da arbitragem, porém no silêncio irá ser de seis meses, expostos pela organização da arbitragem ou substituição do árbitro.

Diante disso, o art. 26 indica as condições da sentença:

I - O relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - Os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - O dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida”.

Conclui-se, portanto que a sentença arbitral não existe recurso. Dessa forma, a sentença arbitral ela apresentará resultados, onde efetuará no Poder Judiciário, incluindo até mesmo da coisa julgada material, estabelecendo, além disso, se for o caso, condenatória será de título executivo judicial. Ainda que, não há a impugnação de recursos contra a sentença arbitral, os envolvidos serão capazes de agravar no Judiciário para que designe a nulidade do despacho.

3.6 NOVOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Certamente, a arbitragem, a mediação e a conciliação consistem em indispensáveis alternativas à justiça estatal. No Brasil, contemplamos em delimitar os métodos alternativos de solução com relação aos desacordos que ocorrem nessa particularidade. Não obstante, a capacidade de ter um sistema multiportas em momento algum poderá ser restringida. Existem diversos estudos, no qual, apontam incontáveis métodos de solução consensual, que não conseguiriam encontrar qualquer empecilho para a aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

Visto que, além disso, existe um incentivo aos métodos consensuais (artigo 3º), mais uma essencial inovação do Código de Processo Civil de 2015, consequente do empoderamento da população e da democratização do processo, corresponde na formalização dos negócios processuais excepcionais, como aduz o artigo 190. Existe também o artigo 166 § 4º do Código de Processo Civil, em que, compreende todo o

procedimento de mediação e conciliação, dessa forma, será orientado em concordância com a livre autonomia das partes, incluindo no que se refere ao conceito das regras dos procedimentos. A autonomia da vontade é, conseqüentemente fundamental, na designação dos meios apropriados. Reconhece às partes o extenso espaço de liberdade para adaptarem às regras processuais. A partir do momento em que manter as garantias processuais, não há qualquer obstáculo de aplicação com relação aos métodos privados para a resolução dos conflitos, até mesmo aqueles que não estão mencionados na legislação.

Cada vez que, existe um novo conflito, os meios extrajudiciais dispõem da possibilidade de aprimoramento. De modo que, o exemplo exibido acima, conseguimos mencionar a doutrina de (Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, 2022, p.57), no qual traz os meios de resolução de conflitos que supostamente encontram-se incógnitos. Analisaremos as novas novidades trazidas ao conhecimento público. Sendo esses meios:

1- Rent-a-Judge: é considerado meio termo entre a arbitragem e a via judicial habitual, especialmente no aspecto com à norma. Nesta ocasião, as partes evidenciam a demanda a um magistrado de uma corte privada, apesar disso, irá ter todo o mecanismo do processo judicial. Os magistrados geralmente são juízes aposentado. Inclusive é designado como private judging.

2- Baseball Arbitration: é celebrado nos Estados Unidos da América semelhante a ramificação da arbitragem. Destarte, através desse sistema, os litigantes expõem ao árbitro uma proposta e após uma audiência final o árbitro opta uma delas, sem modificação. Por conseguinte, a decisão do árbitro será pautada na vinculação ao registro feito pelas partes. A propósito, o basebaal arbitration conseguiu essa terminologia por causa de sua aplicabilidade em pactos esportivos realizados nos Estados Unidos, especialmente em casos em há os atores e atletas de baseball.

3- High-Low Arbitration: possui uma característica que correlaciona com à arbitragem, pela High-Low Arbitration os litigantes conseguem obter um valor monetário ao qual compreendem na disputa do desígnio da lide. No caso de o veredito do árbitro atribuir o valor mínimo no que os litigantes fixarem, irá ficar estipulado a limitação desse despacho, será aplicado aquele determinado anteriormente firmado pelas partes.

4- Disputes Resolution Board: Na Disputes Resolution Boards é instruído um dever decisório, normalmente formado por três profissionais escolhidos antes do procedimento. Os profissionais encontram-se com a finalidade de conduzir a concretização do contrato, tornando-se factível prever um conflito e, se realmente ele acontecer, conseguem conceder um retorno aproximadamente imediato.

5- Consensual Building: A Consensual Building equipara-se na associação com a mediação, contudo inclui muitas partes. Há inflexibilidade que habitualmente traz assuntos extremamente complexos e múltiplos, diante disso, dispõe de dispositivos habituais, sendo questões ambientais e disposições de disputas públicas nas sociedades.

4.A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO

Considera-se, que o processo em si em regra é prolongado, isso ocorre por causa de inúmeras demandas que termina, mas fica desaguando no judiciário, diante disso, acaba exigindo mais tempo, ajuste, cumprimento da legislação processual e determinações legais. Atualmente o Poder Judiciário está em uma condição de crise onde o número de processos em trâmite permanece agravando os tribunais, no qual dificulta a contribuição jurisdicional pátrio resultado de diversas circunstâncias como instabilidade jurídica das normas que apresentam não acompanhar o aprimoramento da humanidade, assim como a falta de gerenciamento por parte do Poder Público, com o intuito de designar políticas públicas para assegurar o acesso efetivo à justiça. Por esse motivo, os tribunais encontram-se saturado de processos que conseguiriam ser decididos de outras maneiras diferentes da via judicial.

É perceptível que o a quantidade de servidores da justiça no Brasil evidência ser insuficiente para cumprir as necessidades da coletividade, visto que, a demanda de processos judiciais dispõe de um enorme índice de acréscimo, isto é gradativamente mais a população busca o Poder Judiciário, com o propósito de conseguir a resolução de seus conflitos. De acordo com, o Doutor Luís Flávio Borges D'urso, ex-presidente da OAB/SP "De cada 10 processos nas prateleiras do Judiciário, apenas três são julgados no ano, significando que a taxa de congestionamento da Justiça, em todos os ramos, é de 70%".

É importante ressaltar as questões sociais, uma vez que ainda rege no Brasil a política da resolução judicial dos conflitos. As próprias partes e seus representantes, frequentemente dispensam uma solução extrajudicial, por conta de costumes desenvolvido ao longo do tempo em que, tudo pode ser solucionado através do Judiciário. Portanto, existe a indispensabilidade de mudança cultural, estimulando a sociedade em geral e todos os agentes processuais a reconhecerem e implementarem simultaneamente o máximo de extensão acerca de política de resolução extrajudicial de solução de conflitos, onde os litigantes tem voz e vez para esclarecerem e alcançarem ao denominador comum, promovendo o seu direito, e não sobrecarregar o judiciário, que possuiu diversas ações, de diversos tipos.

A população brasileira encontra-se altamente inconformada com a situação do poder judiciário, o seus serviços e seus efeitos. Lamentavelmente, é público e perceptível que a justiça brasileira não responde satisfatoriamente aos anseios e as necessidades da

sociedade. Essa adversidade é divulgada como a “Crise da Justiça”. Nesse caso, o maior problema da justiça, nos dias contemporâneos, é a sua demora. Isso porque, em concordância com o relatório “Justiça em Números” de 2016 desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, a duração em média para decretar a sentença no 1º grau da justiça estadual é de um ano e onze meses para processos entendidos de 4 anos e 4 meses para as execuções. Ao mesmo tempo que, a média para decretar o acórdão nos Tribunais de Justiça é de 6 meses, em contrapartida nos Tribunais Regionais Federais é de um ano e oito meses. Sem falar o extenso período onde acontece os julgamentos nos tribunais superiores.

A demora da justiça oferece imensuráveis repercussões, no qual acaba prejudicando a sociedade. Em princípio, a morosidade processual cessa a eficiência dos direitos litigados. Constantemente, torna-se a solução do processo ineficiente. Ademais, o período de expediente acaba por aumentar os custos dos processos e dos honorários advocatícios, acaba tornando onerosa a solução da lide no judiciário. Destarte, acaba gerando a sensação de injustiça, isso ocorre porque, muitos brasileiros renuncia o amparo judicial para conservar os seus direitos agredidos. Dessa forma, existem várias dificuldades que afetam o poder judiciário brasileiro, como o excesso nos tribunais com números insustentáveis de processos na justiça, excessivamente caro, os procedimentos estabelecidos pelos tribunais, a profundidade dos processos, a inexistência de conhecimento e explicação para os litigantes e a desconsideração para responder a demanda de alta peculiaridade e profundidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, o presente artigo procurou expor os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, os seus privilégios, a repercussão e a ausência de risco incentivando a utilização desses métodos. Pois sabe-se, que os meios extrajudiciais possuem a agilidade na resolução do conflito, economia com gastos e custas processuais, isonomia entre as partes e desafoga o poder judiciário.

Os legisladores, ao apresentarem no art. 3º do Código de Processo Civil, o incentivo a resolução extrajudicial de solução de conflitos, almejaram a diminuir os números de processos que aguardavam no Judiciário, além do mais estimulou a política da solução segura de litígios, visto que uma sentença causaria as partes, o sentimento de insuficiência e injustiça. Apesar disso, é fundamental ressaltar que esses métodos precisam ser acompanhados por profissionais habilitados e atribuídos de conhecimento naquela área, com o propósito de evitar que os litigantes ficassem sendo prejudicados pelo mau emprego das instituições.

Consequentemente, o Código de Processo Civil, passou disciplinar assuntos de Mediação e Conciliação e planejou desde já, esquivar-se de possíveis nulidades que

desaguaria inevitavelmente no judiciário, dessa forma acabou originando as condições primordiais para que os métodos extrajudiciais de solução de conflitos conseguissem ter intensidade normativa entre as partes. De tal maneira que, a conciliação e a mediação adquiriam um capítulo no Código de Processo Civil (artigos 165 a 175).

Conclui-se que, as repercussões almejadas pelo Poder Judiciário com a resolução extrajudicial de conflitos foram eficazes e culturalmente está rompendo a ideia de judicialização a qualquer exigência, já que as ações tendem a restringir significativamente. É correto que, até este momento existe uma trajetória muito íngreme e longa a prosseguir, na procura de uma justiça mais célere, mais responsável com os íntimos dos seus jurisdicionados. Porém, um amplo passo foi concedido para a concretização dos preceitos normativos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Luiz Fernando do Vale de. **Manual de Arbitragem e Mediação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRAGA NETO, Adolfo. **Negociação Mediação Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2019.

FERNANDES, Pedro Arthur Ribeiro. **Meios Consensuais de Resolução de Conflitos no Novo Código de Processo Civil: a Conciliação e a Mediação**. 2015. 54 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

ZAVADNIAK, Vinícius Fernandes. **FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**. 2020. Disponível em: <https://phmp.com.br/formas-de-solucao-dos-conflitos-e-os-meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos/>. Acesso em: 20 out. 2022.

MADEIRA, Brenda Arantes Miranda Pereira e Marcell Fernando Alves. **MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**. 2020. Disponível em: <https://direitodofuturo.uff.br/2020/11/17/meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 20 out. 2022.

ONLINE, A Academia Mol – Mediação. **Justiça em Números 2020: mediação e conciliação no Poder Judiciário**. 2020. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/blog/justica-em-numeros-2020-mediacao-e-conciliacao-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 20 out. 2022.

FEITOSA, Gabriela Vasconcelos Lima¹ Gustavo Raposo Pereira. **ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): A SOLUÇÃO DE CONFLITOS E AS NOVAS TECNOLOGIAS**. 2016. 18 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2022: JUDICIÁRIO JULGOU 26,9 MILHÕES DE PROCESSOS EM 2021. Brasília, 01 set. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/>. Acesso em: 04 fev. 2023.

FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS. Santa Catarina: Vinícius Fernandes Zavadniak, 01 mar. 2013. Disponível em: <https://phmp.com.br/formas-de-solucao-dos-conflitos-e-os-meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos/>. Acesso em: 02 fev. 2023.

A CRISE DA JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO: A morosidade da Justiça traz inúmeras consequências maléficas para os cidadãos. São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258735/a-crise-da-justica-e-a-mediacao>. Acesso em: 04 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Estado). 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. **Acesso À Justiça e Cidadania**. 1. ed. Brasília, DF, p. 1-10. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 05 abr. 2023.

A JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: ALÉM DO ÓBVIO. Rio de Janeiro: Carolina Azevedo Assis, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.acbadv.com/artigo/a-justica-multiportas-e-os-meios-adequados-de-solucao-de-controversias-alem-do-obvio>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº LEI Nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Da Mediação**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 05 abr. 2023.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº LEI Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Arbitragem**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 05 abr. 2023.

A POSSIBILIDADE DA PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS NOS IMPOSTOS REAIS

MARCOS BRUNO OLIVEIRA DA SILVA:
Graduação em Direito pela Faculdade de
Rondônia-FARO³⁸

RESUMO: O trabalho em voga apresenta uma pesquisa a respeito da constitucionalidade da progressividade das alíquotas dos impostos reais. Isso porque, na doutrina e na jurisprudência os impostos foram classificados em reais e pessoais, sendo que, o Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento de que a progressividade somente seria aplicada a estes, devido a expressa posição constitucional, art. 145, §1º. Ocorre que, como será demonstrado no presente trabalho, o entendimento adotado pela Corte Suprema não pode continuar prosperando. De um lado, a Constituição Federal não traz em seu texto, de forma expressa, a progressividade de todos os impostos reais, não sendo justificável a sua vedação. Ao contrário, o texto constitucional possui diretivas claras no sentido de concretização da igualdade, dignidade da pessoa humana e capacidade contributiva. Por fim, será demonstrado a necessidade de uma alteração do paradigma vigente, para que possamos alcançar os objetivos constitucionais, dentre os quais, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Palavras-Chave: Progressividade. Alíquota. Imposto Real e Pessoal. Constitucionalidade.

ABSTRACT: The work in vogue presents a research about the constitutionality of the progressivity of real tax rates. This is because, in doctrine and jurisprudence, taxes were classified as real and personal, and the Federal Supreme Court has been adopting the understanding that progressivity would only be applied to these, due to the express constitutional position, art. 145, §1º. It turns out that, as will be demonstrated in the present work, the understanding adopted by the Supreme Court cannot continue to prosper. On the one hand, the Federal Constitution does not bring in its text, expressly, the progressivity of all real taxes, and its prohibition is not justifiable. On the contrary, the constitutional text has clear directives in the sense of achieving equality, human dignity and contributory capacity. Finally, the need for a change in the current paradigm will be demonstrated, so that we can achieve the constitutional objectives, among which, the reduction of social and regional inequalities.

Keywords: Progressivity. Aliquot. Real and Personal Tax. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

38 E-mail: Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia-FARO

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o Direito Tributário assume sua função social, buscando de diversas maneiras tornar-se instrumento de concretização dos direitos fundamentais. O maior reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana nesta ramificação do Direito é a capacidade contributiva.

A dúvida maior surge quando é feito o seguinte questionamento: a capacidade contributiva e a progressividade podem ser aplicadas aos impostos reais? Já que quanto aos impostos pessoais não há qualquer margem de dúvida, principalmente por expressa previsão constitucional.

A progressividade dos impostos reais ainda é um assunto bastante divergente na doutrina. Uma moderna corrente defende a aplicação do princípio da capacidade contributiva a todas as cinco espécies tributárias brasileiras, sem qualquer distinção, por entender que a interpretação sistemática do texto constitucional permite tal conclusão.

Contudo, a grande maioria dos doutrinadores e, principalmente a jurisprudência ainda adota o posicionamento anterior, que defende a impossibilidade de progressividade de alíquotas nos impostos reais. Tal aplicação é apenas possível nos impostos pessoais.

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo pormenorizado da constitucionalidade da aplicação da progressividade das alíquotas sobre os impostos reais. Espera-se com o estudo colaborar ao debate acerca da progressividade dos impostos reais, apresentando novas alternativas ao problema da estruturação regressiva da matriz tributária brasileira.

Acredita-se que, com a melhor utilização e a renovação da política fiscal, o ramo do Direito Tributário possa ser utilizado para contribuir com a República Federativa do Brasil para a implementação dos seus objetivos básicos constitucionais.

OS IMPOSTOS

O Estado existe para a busca do bem comum. Para atingir este objetivo faz-se necessária a obtenção de recursos financeiros, o que é feito, basicamente, de duas maneiras, originando uma classificação famosa dada pelos financistas às receitas públicas.

Para obter receitas originárias, o Estado se despe das tradicionais vantagens que o regime jurídico de direito público proporciona a ele e, semelhante ao particular, obtém receitas patrimoniais ou empresariais. A título de exemplo, cite-se um contrato de locação de um imóvel de propriedade do Estado locado a um particular.

Já na obtenção de receitas derivadas, o Estado utiliza-se de suas prerrogativas de direito público, edita uma lei obrigando o particular que pratique determinados atos ou se ponha em certas situações a entregar valores aos cofres públicos, independentemente de

sua vontade. Como exemplo, aquele que auferiu rendimento será devedor do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (imposto de renda) independentemente de qualquer manifestação volitiva.

A cobrança de tributos se mostra como a principal fonte das receitas públicas, cujo agente gerenciador é o próprio Estado, sendo por meio dessa atividade arrecadatária legítima que o Estado consegue grande porcentagem de recursos para ao implemento e manutenção de importantes políticas públicas para os cidadãos, principalmente aquelas voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais, insertos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação a pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade.

Os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo, cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa à vida do contribuinte, à sua atividade ou a seu patrimônio – é o que se depreende da dicção do art. 16 do CTN.

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Para Paulo de Barros Carvalho, “podemos definir imposto como o tributo que tem por hipótese de incidência um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público”.

Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia da solidariedade social. As pessoas que manifestam riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado, fornecendo-lhes os recursos de que este precisa para buscar a consecução do bem comum.

1.1. Classificação dos Impostos

Na doutrina e na jurisprudência é possível encontrar diversas classificações para os impostos, com base em diversos critérios. Dentre as diversas classificações, uma das mais difundidas, e importante para o desenvolvimento do presente trabalho é aquela que divide os impostos em reais e pessoais, com base no sujeito passivo da obrigação tributária.

O imposto real é aquele que incide sobre algum elemento econômico de maneira objetiva, não levando em consideração a situação pessoal do contribuinte. Em palavras

simples, imposto real é aquele que incide objetivamente sobre uma coisa, sem levar em conta a pessoa do contribuinte. Nos impostos reais, em regra, a capacidade contributiva é observada por meio da técnica da proporcionalidade, segundo a qual as alíquotas são fixas e o que varia é a base de cálculo (AL fixa e BC variável). Ex.: o IPVA é um imposto real e incide sobre a propriedade de veículos.

O imposto pessoal, por sua vez, é assim classificado quando a tributação varia de acordo com aspectos pessoais do contribuinte. A tributação será maior ou menor conforme a capacidade contributiva do devedor. Nos impostos pessoais, a capacidade contributiva, em regra, é observada por meio da técnica da progressividade, segundo a qual as alíquotas são maiores conforme se aumenta a base de cálculo (BC varia, AL varia progressivamente). Ex.: o IR é pessoal, tendo em vista que a tributação varia de acordo com as faixas de rendimentos de cada contribuinte.

2. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

A Constituição Federal de 1988 estatui as principais limitações ao exercício da competência tributária, mas não necessariamente todas. Tal afirmação pode ser constatada pela simples leitura do art. 150 da CF. O dispositivo inaugura a Seção denominada “Das limitações do poder de tributar”, deixando claro que as garantias que estatui existem “sem prejuízo de outras (...) asseguradas ao contribuinte”.

Assim, é lícito afirmar que as garantias ali estatuídas foram um rol não exaustivo, pois existem outras estipuladas em dispositivos diversos da Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIV, por exemplo), além daquelas que decorrem do regime e dos princípios adotados pela própria Carta ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º).

Boa parte das limitações constitucionais ao poder de tributar está protegida contra mudanças que lhe diminuam o alcance ou a amplitude, por configurarem verdadeiras garantias individuais do contribuinte.

2.2. Princípio da Capacidade Contributiva e a Progressividade

O princípio da capacidade contributiva é considerado uma forma de instrumentalizar-se o princípio da igualdade, do qual se mostra como natural decorrência ou corolário, para uns, ou subprincípio, para outros.

De fato, o princípio em análise se mostra como projeção do postulado da isonomia tributária, deste se avizinando e com este se entrelaçando, no intuito de se alcançar o ideal de justiça fiscal – seu elemento axiologicamente justificador –, que, conquanto não apareça formalmente escrito no texto da Constituição, deverá ser apreendido no bojo de uma prática constitucional.

Atualmente, tal princípio vem descrito no art. 145, § 1.º da Constituição Federal.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A expressão “sempre que possível”, presente no §1º, art. 145, CF, deve ser interpretada no sentido de que todos os impostos, obrigatoriamente, deverão ter caráter pessoal e ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

A progressividade traduz-se em técnica de incidência de alíquotas variadas, cujo aumento se dá à medida que se majora a base de cálculo do gravame. O critério da progressividade diz com o aspecto quantitativo, desdobrando-se em duas modalidades: a progressividade fiscal e a progressividade extrafiscal. A primeira alia-se ao brocardo “quanto mais se ganha, mais se paga”, caracterizando-se pela finalidade meramente arrecadatória, que permite onerar mais gravosamente a riqueza tributável maior e contempla o grau de “riqueza presumível do contribuinte”. A segunda, por sua vez, fia-se à modulação de condutas, no bojo do interesse regulatório.

3. A PROGRESSIVIDADE DOS IMPOSTOS REAIS

Conforme já aduzido anteriormente, a doutrina e a jurisprudência dividem os impostos em pessoais e reais. Baseado nessa distinção, firmou na jurisprudência a ideia de que apenas os impostos pessoais podem ser progressivos, e que os reais não admitem tal progressão.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu expressamente em seu texto apenas a progressividade do ITR ou Imposto Territorial Rural, previsto no art. 153, §4º da CF, com vistas a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. No que tange ao IPTU, a progressividade era admitida, mas apenas em sua conotação extrafiscal, adstrita ao cumprimento da função social da propriedade, o que foi influenciando sobremaneira as decisões do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos seguintes.

No âmbito doutrinário, parece predominar, ainda, uma postura mais conservadora e vinculada às tradições doutrinárias.

O STF editou, em 09 de outubro de 2003 duas súmulas que explicitaram a opinião do Supremo, as Súmulas 656 e 668, *in verbis*.

Súmula 656. É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão "inter vivos" de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel.

Súmula 668. É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

No caso do IPTU, o posicionamento adotado pelo Supremo parecia claro ao classificá-lo como imposto real, apesar de já no mês de dezembro de 1969 ter sido aprovada, em sessão plenária a Súmula 539 que demonstrava alguns traços de sua personalização.

Entretanto, a Suprema Corte somente foi instada a se manifestar, pela primeira vez, sobre sua progressividade com o RE 153.771-0/MG, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso.

O objeto do aludido recurso era a constitucionalidade da Lei Municipal n. 5.641 de 1989, que implantou a cobrança progressiva do IPTU em razão do valor venal do imóvel no município de Belo Horizonte.

Em seu julgamento, o Ministro Relator Carlos Velloso, primeiramente, defendeu a aplicação do princípio da capacidade contributiva a todos os impostos. Consignou da seguinte forma:

A interpretação, pois, do que está inscrito no §1º do art. 145 da Constituição Federal deve ser esta: sempre que possível os impostos terão caráter pessoal, dado que há impostos que não possuem tal característica. Mas a pessoalidade dos impostos deverá, a todo modo, ser perseguida. Todos os impostos, entretanto, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.

Contudo, o redator, Min. Moreira Alves, proferiu entendimento no sentido de acolher a distinção dos impostos, atribuindo a progressividade apenas aos impostos pessoais.

No que diz respeito ao ITCMD (que é um imposto real), o Supremo, no julgamento do RE 562.045-RS, decidiu que a lei pode prever a técnica da progressividade tanto para os impostos pessoais como também para os reais. O § 1º do art. 145 da CF/88 não proíbe que os impostos reais sejam progressivos, estando todos os impostos sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal, e o que esse dispositivo estabelece é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal.

O ITCMD (que é um imposto real) pode ser progressivo mesmo sem que esta progressividade esteja expressamente prevista na CF/88. Ao contrário do que ocorria com o IPTU (Súmula 668-STF), não é necessária a edição de uma EC para que o ITCMD seja progressivo.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA PROGRESSIVIDADE DOS IMPOSTOS REAIS

Os próximos passos do Supremo Tribunal Federal e da doutrina brasileira em relação à interpretação e a extensão que se dará à decisão proferida em relação ao ITCM somente poderão ser vistos em um futuro próximo.

No próprio julgamento do RE 562045/RS o Supremo já previu ser irrelevante se um imposto é real ou pessoal para fins de verificar se ele pode ou não se sujeitar à técnica da progressividade. O § 1º do art. 145 da CF/88 não proíbe que os impostos reais sejam progressivos. Nesse sentido: STF. Plenário. RE 562045/RS, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, julgado em 6/2/2013 (Info 694).

No julgamento do RE 720945, o Supremo deixou claro que, mesmo antes da EC 42/2003, já era possível que a Lei instituísse alíquotas progressivas do ITR, razão pela qual a Lei nº 9.393/96 nasceu compatível com o texto constitucional. Vejamos:

(...) I – Nos termos do art. 145, § 1º, da CF, todos os impostos, independentemente de seu caráter real ou pessoal, devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e, tratando-se de impostos diretos, será legítima a adoção de alíquotas progressivas.

II – Constitucionalidade da previsão de sistema progressivo de alíquotas para o imposto sobre a propriedade territorial rural mesmo antes da EC 42/2003. (...)

STF. 2ª Turma. RE 720945 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09/09/2014.

A partir dos supracitados julgados, percebe-se que a própria Corte, em seus discursos, relata ser ultrapassada a divisão doutrinária de impostos em reais e pessoais e a impossibilidade de aplicação da progressividade aos impostos reais.

5. CONCLUSÃO

Durante todos esses anos, a doutrina e a jurisprudência firmaram a classificação dos impostos em reais e pessoais, embora não haja qualquer previsão constitucional a respeito. Tal distinção vem sendo utilizada como fundamento para a impossibilidade de aplicação de alíquotas progressivas nos impostos reais.

A jurisprudência da Suprema Corte defende a ideia de que, nos termos do art. 145, §1º da Constituição Federal, apenas aos impostos pessoais é que se aplicariam tanto o princípio da capacidade contributiva, quanto o da progressividade fiscal.

A progressividade, nada mais é do que uma projeção do Estado que tem como objetivo a diminuição das desigualdades sociais e o pleno desenvolvimento de seus cidadãos.

Ressalte-se que, em um país com níveis de desigualdades extremamente elevadas e com legislações ainda excludentes, algumas alterações na matriz tributária devem ser urgentemente realizada, para que haja uma melhor adequação do país aos seus objetivos constitucionais, dentre os quais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III, art. 3º da Constituição Federal).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático. 4 ed. Rio de Janeiro. Método, 2010.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATALIBA, Geraldo, Hipótese de Incidência Tributária. 6ª Ed. 9ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 16. ed.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Progressividade das alíquotas do ITR. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/64c26b2a2dcf068c49894bd07e0e6389>>. Acesso em: 19/06/2023

CONTI, José Maurício. Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade. São Paulo: Editora Dialética, 1996.

COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAULINO, Sandra Regina da Fonsêca. A progressividade dos impostos reais: uma análise da progressão de alíquotas a partir do estudo do imposto de transmissão causa mortis. 2013. 71 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 6ª ed. Rio de Janeiro. São Paulo. Método, 2010.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência. Rio Grande do Sul: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 3ª. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

<https://www.dizerodireito.com.br/2013/03/as-aliquotas-do-itcmd-podem-ser.html#:~:text=Os%20impostos%20reais%20n%C3%A3o%20podem,expressamente%20prevista%20na%20CF%2F88>.

A VALORAÇÃO DO TESTEMUNHO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO E SEUS ASPECTOS NO PROCESSO PENAL

THATIANE DOS SANTOS MATOS CAVALCANTE:
Graduanda em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis³⁹.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como premissa o estudo do valor probatório do depoimento das vítimas do crime de estupro e o papel que desempenham no decurso do processo. Por se tratar de um crime que em sua maioria ocorre de maneira obscura, com requintes de crueldade, fez-se necessárias mudanças quanto a redação do artigo 213 do Código de processo penal, ou seja, antes o crime era tipificado quando houvesse conjunção carnal, com a nova epigrafe "*atos libidinosos*" passaram a ensejar o crime de estupro o que dificultou ainda mais a comprovação da materialidade. Diante disso a coleta de provas e informações é de extrema importância e auxiliará o magistrado a proferir uma decisão justa de acordo com o caso concreto. Sendo esse o objetivo geral, verificar se a palavra da vítima é suficiente por si só para causar a condenação. Analisaremos também as provas utilizadas no processo penal e seus aspectos, além das mudanças no ordenamento jurídico recentes. Bem como a probabilidade de uma possível condenação diante de cada meio probatório. Por fim, analisará se a palavra da vítima de estupro serve como evidência por si só para manter a acusação, a condenação do arguido e os fatores que influenciam a percepção da credibilidade deste depoimento em consonância com outros meios de prova, e a aplicação de doutrinas e jurisprudências cabíveis. A natureza do artigo é de pesquisa bibliográfica e monográfica, além de análise em artigos, doutrinas, sites e jurisprudências

Palavras-chave: Estupro. Testemunho da vítima. Processo penal.

ABSTRACT: This article is premised on the study of the probative value of the testimony of victims of the crime of rape, and the role they play in the course of the process. Because it is a crime that mostly occurs in an obscure way, with a setback of cruelty, changes were made to the wording of article 213 of the Code of Criminal Procedure, that is, before the crime was typified when there was carnal conjunction, with the new epigraph "libidinous acts", they began to give rise to the crime of rape, which made it even more difficult to prove the materiality. In view of this, the collection of evidence and information is extremely important and will help the magistrate to render a fair decision in accordance with the specific case. This being the general objective to verify if the word of the victim is enough

³⁹ Email: thatibj@gmail.com

in itself to cause the condemnation. We will also analyze the evidence used in criminal proceedings and their aspects, in addition to recent changes in the legal system. As well as the probability of a possible conviction in the face of each evidentiary means. Finally, it will analyze whether the rape victim's word serves as evidence by itself to maintain the accusation and conviction of the accused, and the factors that influence the perception of the credibility of this testimony in line with other means of proof, and the application of relevant doctrines and jurisprudence. The nature of the article is bibliographic and monographic research, in addition to analysis in articles, doctrines, websites and jurisprudence.

Keywords: Rape. Victim testimony. Criminal proceedings.

1-INTRODUÇÃO

Partimos da premissa da crueldade que envolve o crime de estupro onde a palavra da vítima é a única prova em muitos casos, e é extremamente importante na investigação e no julgamento. No entanto, há uma tendência em alguns casos para desacreditar da palavra da vítima e considerá-la menos confiável do que outras formas de prova. Isso se dá especialmente em casos que não foram relatados imediatamente, ou onde não há provas concretas da materialidade. É importante lembrar que a falta de provas físicas não significa que o estupro não ocorreu, e a palavra da vítima deve ser levada em consideração.

A perda de provas é inevitável quando o estupro não é denunciado imediatamente⁴⁰, pois geralmente ocorre de maneira perversamente oculta na grande maioria dos casos. Consequentemente resta apenas o depoimento da vítima para provar tal crime. Este trabalho visa identificar os meios de prova possíveis de admissão no processo penal, bem como avaliar a credibilidade do depoimento da vítima como único fundamento para embasa a condenação. Além disso, examinaremos veredictos pertinentes de tribunais superiores sobre o tema. A dificuldade em provar a verdade por

40 Não deixamos de considerar a pertinência dos inúmeros fatores emocionais, psicológicos e sociais que implicam na não denúncia por parte da vitimas dos crimes envolvendo violações e estupros. O impacto de tal crime nas vitimas é imensurável em cada uma de suas particularidades. Pareceu-nos interessante, em um primeiro momento, uma abordagem mais abrangente e detalhada sobre o constrangimento, auto-culpabilização e culpabilização da vitima a pesquisa, por sua vez, nos conduziu para uma análise mais detalhada da jurisprudência atinente ao tema e a letra da lei. De toda forma recomendamos a obra "*Abuso*" de Ana Paula Araújo, para uma abordagem mais detida no foco do trauma em: ARAÚJO, Ana Paula, **Abuso, A Cultura do Estupro no Brasil**, Globo Livros, Rio de Janeiro: 2020. Bastante oportuna também nos pareceu à perspectiva de Georges Vigarello sobre o tema em seu livro "*A história do Estupro*", disponível em: VIGARELLO, Georges. **História do estupro**. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro: 1998. Tradução Lucy Magalhães.

trás da palavra de uma vítima contra a de seu suposto agressor aparente, principalmente quando outras provas estão ausentes e, portanto, há riscos associados a qualquer decisão.

E por fim uma base teórica e uma revisão de literatura específica, incluindo livros, artigos, leis e jurisprudências pertinentes ao tema em questão. A pesquisa tem por norte as modificações interpretativas realizadas a partir de 2009. Restando apenas as palavras da vítima quando não há uníssono físico ou prova da autoria de um crime. A ausência de marcas violentas ou tentativa de estupro também pode dificultar as provas apresentadas. A palavra da vítima fora analisada pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e consideradas valiosas provas. O artigo 201.º do Código de Processo Penal tem um peso significativo nos casos de crimes familiares secretos ou de ofensas à dignidade sexual. O STJ enfatizou a importância de depoimentos detalhados e coerentes da vítima, juntamente com instruções processuais e provas adicionais no estabelecimento da prática de atividade criminosa.

Como a vítima tem interesse pessoal no caso, seu depoimento deve ser examinado com cautela pelo magistrado, mesmo sendo um valioso meio de prova. É óbvio que seu depoimento é necessário para o processo, mas ela experimentou as repercussões do crime e, por isso, quer que o acusado seja responsabilizado. Vale lembrar que, com o advento da lei 12.015/2009 o crime de estupro deixou de ser configurado apenas pela conjunção carnal, e passou a valer-se também como atos libidinosos, esses por sua vez ainda mais silenciosos, o que dificultou quanto ao reconhecimento da materialidade através apenas de exames periciais, fazendo-se necessária a admissibilidade de outros meios.

2. CONCEITO DO CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro está tipificado no Código Penal como crimes contra a dignidade sexual no Título VI da parte especial, no artigo 213: *“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena-reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”* De acordo com a nova redação do delito em questão, a ação de constranger, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela passou a valer-se tanto para homens como para mulheres, pois na epígrafe anterior apenas a liberdade sexual da mulher era protegida (CAPEZ, FERNANDO, 2023).

O crime, para além de todos os seus aspectos odiosos, para muito além da negação de pertença à humanidade da parte de quem o pratica para contra a vítima, ainda esbarra em inúmeros fatores sociais e tabus instituídos e arraigados na sociedade, o entendimento respaldado pela lei 12.015/2009, ameniza conflitos de interpretação anteriores, porém não liquida o assunto nem enseja nova doutrina, mas possibilita uma análise ao menos mais atual e condizente com os novos tempos:

"A história do estupro ainda não foi escrita. Mas os dados não faltam. As estatísticas e observações atuais sobre a violência sexual estimulam como nunca a pesquisa histórica: as queixas aumentaram de forma repentina em um passado recente, e o número de condenações, sobretudo por crimes contra crianças, crescem seis vezes num período de dez anos. Passagem de um silêncio relativo para uma visibilidade ruidosa, esse crime está presente como nunca nas investigações da Polícia, nos documentos da Justiça, nos artigos da imprensa, nos debates da opinião pública." (VIGARELLO, 1998, pg.7)

De acordo com o Pedro Lenza:

"Para a configuração do crime, não se exige o emprego de violência física ou grave ameaça. Ainda que a vítima diga que consentiu no ato, estará configurada a infração, pois tal consentimento não é válido conforme se explicou no tópico anterior. Caso haja emprego de violência física ou grave ameaça contra uma criança de 10 anos de idade para forçá-la ao ato sexual, haverá também crime de estupro de vulnerável e não a figura simples de estupro do art. 213, já que não faria sentido aplicar a pena mais grave do art. 217-A apenas para os casos em que não houvesse emprego de violência ou grave ameaça. Em suma, com ou sem o emprego de violência ou grave ameaça, o crime será sempre o de estupro de vulnerável se a vítima se enquadrar em qualquer das hipóteses do art. 217-A, caput e seu § 1º. Em havendo violência física ou grave ameaça contra pessoa vulnerável tal aspecto deverá ser levado em conta pelo juiz na fixação da pena-base (art. 59 do CP)." (LENZA, 2023, p.1572)

Além das consequências físicas e sociais geradas, o estupro trás graves efeitos na saúde mental da vitima, o que impossibilita muitas de denunciar ou procurar ajuda. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no Brasil no ano de 2022 foram estimados que ocorreram 822 mil casos de estupro no ano, e que desse total apenas 8,5% são registrados nos órgãos policiais e 4,2% são identificados pela sistema de saúde. Os números são alarmantes visto que a maioria das vitimas são mulheres e crianças. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Nos primeiros seis meses do ano de 2022, foram mais de 29 mil vítimas de estupro do sexo feminino. Os dados são ainda mais assustadores ao pensarmos na baixa notificação às autoridades policiais dos crimes sexuais

– de acordo com o último relatório de Vitimização Criminal publicado em setembro de 2022 pelo Departamento de Justiça dos EUA referente ao ano de 2021, o percentual dos crimes sexuais reportados às instituições policiais foi de apenas 21,5%⁴¹. O Brasil não tem pesquisas de vitimização recentes para aferir a subnotificação dos crimes sexuais⁴¹.

Ainda segundo pesquisas realizadas pelo órgão citado acima, os números tiveram uma maior relevância, em tempos de pandemia pelo Covid -19, visto que durante seu período mais intenso, o acesso as delegacias e aos demais órgãos de proteção foram impactados de forma negativa quanto ao acesso das vítimas aos registros, assim ficando impunes os autores do delito.

3. DOS MEIOS DE PROVAS ADMITIDAS NO CRIME DE ESTUPRO

Nosso código de processo penal elenca diversos meios de prova para a possibilidade de comprovação quanto ao crime de estupro, sendo elas por meio de: exames periciais, documentais, e análise de gravações de vídeo, além da confissão do delito, as provas testemunhais, e por fim o próprio depoimento da vítima. De acordo com André Estefam: "*A comprovação material do delito de estupro constitui uma das questões de maior dificuldade, notadamente quando inexistem outros registros do fato, senão as declarações da vítima.*" (ESTEFAM, 2022, p.1574).

Podemos dizer que a prova é indispensável para que o magistrado tome sua decisão. Desde o inquérito policial ou no decurso da instrução criminal, serão as provas que auxiliarão a tomada de decisão do juiz. Sobre os meios probatórios ESTEFAM ressalta: "Em pleno século XXI, é evidente, não se pode recorrer a métodos tão precários. Deve-se, isto sim, utilizar de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente o emprego da ciência, que permitirá conferir maior grau de segurança às decisões judiciais." (ESTEFAM, 2022, p.1574) Por isso a devida importância durante as investigações, e a busca pela materialidade dos fatos. O intuito é restituir com maior verossimilhança as provas, dos fatos apresentados, sendo esta uma maneira totalmente complexa.

A partir do momento em que todas as provas cabíveis estão à frente do magistrado, elas passaram por três sistemas para a avaliação do caso concreto o sistema da livre convicção, sistema da prova legal, e o da persuasão. Segundo Guilherme de Souza NUCCI:

"São basicamente três sistemas: a) livre convicção, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação

⁴¹Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública ano 2022 disponível em : << <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2022/12/violencia-contra-meninas-mulheres-2022-1sem.pdf>>>, consultado às 14:40 do dia 10/04/2023.

para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o pré-estabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Era a época em que se considerava nula a força probatória de um único testemunho (unustestis, nullustestis ou testisunius, testismullius). Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato." (NUCCI, 2013, p. 404).

Contudo com o advento da lei 12.015/2009 o crime de estupro deixou de ser configurado apenas pela conjunção carnal, e passou a valer-se também como atos libidinosos, esses por sua vez ainda mais silenciosos, o que dificultou quanto ao reconhecimento da materialidade através apenas de exames periciais, fazendo-se necessário de outros meios. Vejamos o que o doutrinador Pedro Lenza diz a respeito da alteração do texto de lei: "A Lei n. 12.015/2009 trouxe importante alteração no texto legal, pois, no regime anterior, a figura qualificada exigia que a lesão grave fosse decorrente da violência empregada pelo esturador. No texto atual, a qualificadora se configura se "da conduta" decorre o resultado agravador, abrangendo, portanto, a lesão grave que decorra da grave ameaça (ex.: vítima que sofre ataque cardíaco em razão da ameaça empregada pelo esturador e que fica com sequelas graves)." (LENZA, 2023, p.1523)

3.1 DOS EXAMES PERICIAIS

Todas as provas admitidas no decurso do processo serão de extrema relevância, sendo considerado um dos elementos mais importantes que garantirá uma maior segurança jurídica e celeridade a sentença (CAPEZ, FERNANDO, 2020). Quando por consequência o crime deixa vestígios ou também chamado resultado material, o corpo de delito torna-se ato obrigatório, quando passível de conjunção carnal. Vale ressaltar que tal exame será realizado sempre por um perito devidamente qualificado. De acordo com o artigo 158º do código de processo penal: "*Art. 158 Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*"

Para uma análise mais precisa, é possível aferir que:

"conforme estatui o art. 158 do CPP. Essa regra legal excepciona o princípio da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (CPP, art. 155), bem como o da verdade real. Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de" (CAPEZ, 2023, p.102).

Por meio da lei nº13.721, de 2018 o artigo acima sofreu uma pequena alteração, porém de grande relevância quanto aos exames periciais:

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I – violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)⁴².

Com isso mulheres vítimas de violência passaram a ter prioridade na realização de exames periciais. O intuito deste é garantir a celeridade na apuração dos fatos, buscando soluções imediatas, e incentivar as queixas aos órgãos competentes.

3.2 EXAMES DE CORPO DE DELITO DIRETO

Essa técnica pericial é comumente utilizada e indispensável quando o crime praticado deixa os chamados "vestígios". Em vítimas de estupro será feito por meios de médicos legistas, uma análise minuciosa do corpo a fim de constatar se houve o ato sexual, através de marcas de violência, recolhimento de sêmen, pelo suor, secreções,

⁴² Fonte: FLAVIO MEIRELLE MEDEIROS, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/artigo-158-cpp-exame-de-corpo-de-delito/11094>.

amostras das mucosas, além dos exames de sangue para comprovar possíveis infecções que a mesma possa ter adquirido. Muito embora sejam utilizadas técnicas precisas, estas por si só não serão suficientes segundo o doutrinador Fernando Capez:

“Não basta, para constatação de que houve o crime de estupro, a mera prova da conjunção carnal, pois ela não é capaz de demonstrar a resistência da vítima à prática do ato sexual. Importa notar que é comum mulheres, para se vingarem de seus parceiros, por inúmeros motivos, denunciarem-nos por crime de estupro. Daí por que tão só prova da conjunção carnal não é apta para a comprovação do crime. Imprescindível a demonstração de que o ato sexual se deu mediante constrangimento físico ou moral.”(CAPEZ FERNANDO, p.106, 2023)

Ainda quanto a possibilidade do exame: *“Se havia a possibilidade de realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sob pena de afronta à determinação expressa da lei (CPP, art. 158).”* (CAPEZ, 2023, p.105). O laudo emitido pelo perito será considerada uma prova técnica, que poderá ser utilizada tanto pela acusação quanto pela defesa durante o processo.

3.3 EXAMES DE CORPO DE DELITO INDIRETO

Essa modalidade de exame se dará quando não houver vestígios para a comprovação do crime, por meio de prova testemunhal convincente. Vejamos o que diz na redação do artigo 167 do CPP: *“Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.* (MEDEIROS, 2023).

Poderá ser analisados também por meio de fotografias, documentos, vídeos, gravações, atestados, e até o depoimento da própria vítima, dentre outros meios probatórios. Devido a obscuridade que envolve o crime de estupro, este exame por sua vez se faz necessário e caberá ao juiz analisar o cabimento de acordo com o caso concreto.

4. DAS PROVAS TESTEMUNHAIS

A prova testemunhal no crime de estupro, nada mais é do que a declaração de alguém que tenha presenciado ou tenha conhecimento do crime em questão ou relevantes informações sobre o caso, devendo essa ser avaliada com precisão, pois as testemunhas podem fornecer versões conflitantes dos mesmos eventos, ou podem ter percepções

diferentes dos fatos. Além disso, podem ser influenciados por fatores externos, como suas próprias emoções, preconceitos ou interesses pessoais.

Contudo tem grande relevância durante o processo, podendo alterar até mesmo o rumo que irá seguir, pois na “ausência de vestígios a mesma suprirá sua falta”, conforme dispõe o artigo 167 do código de processo penal. Um dos elementos probatórios mais antigos, porém mais vigorosos, que colaborada diretamente para que o juiz aproxime-se da realidade da materialidade e profira uma sentença justa.

A seguir uma das inúmeras decisões pelos tribunais superiores, este em especial pelo STJ, em que a falta de materialidade fora suprida pela prova testemunhal:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL NA VÍTIMA. DISPENSA. MATERIALIDADE COMPROVADA POR PROVA TESTEMUNHAL E CONFISSÃO DO CORRÉU. AGRAVO DESPROVIDO.1. O Tribunal local, após a ponderação acerca dos elementos probatórios colhidos em observância aos princípios do devido processo legal substancial, do contraditório e da ampla defesa, entendeu estarem devidamente comprovadas tanto a autoria quanto a materialidade do delito imputado à agravante.

2. Apesar da não realização do laudo pericial na vítima, a materialidade delitiva foi amplamente demonstrada por prova testemunhal.3. Na decisão que decretou a prisão da agravante, há o registro da farta prova testemunhal e da confissão do corréu quanto aos delitos.4. A prova colhida ao longo da marcha processual foi suficiente para a formação do convencimento do Conselho de Sentença quanto à autoria e à materialidade dos crimes imputados à agravante. Tal ponderação não revelou qualificação jurídica desarrazoada dos fatos, motivo pelo qual não há que se falar em constrangimento ilegal passível de correção em habeas corpus.5. A prova da responsabilização penal não está adstrita exclusivamente à análise da simples ocorrência dos fatos, mas sim a uma análise pormenorizada de todos os elementos circunstanciais que envolvem o fato delituoso, o que foi observado no presente caso.6. Nos delitos sexuais é plenamente possível suprir a carência do exame pericial por relatos de testemunhas.7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 676.354/MA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 21/9/2022.)

Nesse sentido: "Embora o exame de corpo de delito realizado na vítima não seja esclarecedor, o que é comum acontecer em casos da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que normalmente não deixa vestígio, sendo, pois, o exame pericial dispensável neste caso, a prova testemunhal colhida em juízo permite chegar-se à conclusão de que os fatos se deram tal qual narrados na denúncia" (STJ, AgRg nos EDcl no RHC n. 127.089/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24-11-2020, DJe de 27-11-2020)." (CAPEZ, 2023, p.105)

5. DO VALOR PROBATÓRIO DO TESTEMUNHO DA VÍTIMA

Uma vez que ocorre o crime de estupro, começam os desafios para a vítima, de provar a materialidade dos fatos. Isso quando a parte passiva consegue delatar o agressor, pois muitas vezes por medo ou vergonha essas nem chegam a denunciar. Porém uma vez denunciado e sem materialidade do crime, ou seja, sem marcas de violência ou matérias genéticas a serem coletados, ou no mínimo alguma prova testemunhal, resta a palavra da vítima como meio de prova. Esta por sua vez deverá ser analisada com cautela diante das investigações e dos tribunais, pois o trauma sofrido pode afetar a memória da vítima, e suas por vezes lacunas deixadas podem servir para que advogados de defesa questionem sua credibilidade.

De acordo com Estefam, "Não tendo ocorrido contatos sexuais mais intensos, como a cópula normal ou anal, e sem que tenha havido utilização de violência, somente grave ameaça, a palavra da vítima ganhará relevo e poderá sempre analisada em confronto com outros elementos de informação, assumir papel decisivo no deslinde do processo penal." (ESTEFAM, 2022, p.1576)

Segundo Nucci (2019, p.582), "Trata-se de ponto externamente controverso e delicado na avaliação de prova". Assim sendo considerado como os demais meios de provas citados anteriormente, este é dotado de sentimentos, e frustrações diante do ocorrido que aflora por si, o senso de justiça, por isso deverá ser estudado e analisado com muito cuidado pelas cortes para que não haja uma condenação ou absolvição injustas (Nucci 2019). A palavra da vítima como meio probatório vem sendo de grande relevância e considerada, desde que em conformidade com os fatos provados juntos a outros meios.

Nos crimes de estupro, ou mesmo nos crimes que ofendam a dignidade sexual, tanto na jurisprudência, quanto a doutrina tendem a valorizar o depoimento da vítima,

justamente pelo fato desses delitos serem cometidos preferencialmente na obscuridade. Nesse sentido entende o STJ:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA. RECURSO. PRAZO PEREMPTÓRIO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. IMPORTÂNCIA EXTREMA. DOSIMETRIA. CRITÉRIO ARITMÉTICO. INEXISTÊNCIA. AÇÕES DIVERSAS AO LONGO DE ANOS. DELITO ÚNICO. DESCABIMENTO. CONTINUIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Deixando a parte agravante de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, não merece ser conhecido o agravo regimental. 2. Na forma do art. 105, I, "e", da Constituição da República, ao Superior Tribunal de Justiça cabe o julgamento das revisões criminais "de seus julgados", não podendo a defesa questionar decisão de Tribunal inferior transitada em julgado, por meio de habeas corpus originário, diretamente nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Os recursos devem ser interpostos nos prazos previstos em lei, sob pena de preclusão temporal, mesmo no âmbito do processo penal, não havendo que se falar em dilação, ainda mais quando o pleito decorre da simples liberalidade do acusado em mudar o representante da sua defesa técnica. 4. Não é possível alterar, em sede de habeas corpus, a avaliação da prova dos autos efetuada pelas instâncias anteriores, porque para tanto haveria necessidade de aprofundado exame de todos os elementos instrutórios produzidos, o que indevidamente transformaria o Tribunal Superior em órgão jurisdicional ordinário. 5. A palavra da vítima, nos crimes contra a dignidade sexual, é de extrema importância, diante das peculiaridades das respectivas condutas, o que se confirma ainda mais quando tal elemento de prova se coaduna com outros depoimentos prestados nos autos, inclusive com a menção de psicólogo, com base em seu conhecimento técnico, ao fato de ela ter falado a verdade. 6. Não existe um critério puramente aritmético para a dosimetria da pena, sendo atribuição discricionária do julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar cada circunstância judicial,

observando alguns parâmetros traçados pela legislação vigente, pelos precedentes vinculantes e pela jurisprudência dominante, não havendo manifesta ilegalidade na fixação da pena-base para o crime de estupro de vulnerável em apenas um ano acima do mínimo legalmente cominado, quando a culpabilidade é devidamente valorada de forma negativa, considerada mais grave que a de outros crimes da mesma espécie. 7. Não há que se falar em crime único de estupro de vulnerável quando os fatos registrados pelas instâncias ordinárias indicam que a vítima foi constrangida à prática de atos libidinosos, por diversas vezes, em dias diferentes ao longo de anos, situação que configura mais de uma ação e, conseqüentemente, mais de um crime da mesma espécie, em continuidade delitiva de acordo com as condições reconhecidas como verdadeiras. 8. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no HC 529.514/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021)

Quando o crime se tratar de vulnerável:

"Importa mencionar que, nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima menor de idade também tem importante valor como prova, especialmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. Contudo, suas declarações devem, igualmente, estar em consonância com os demais elementos probatórios." (CAPEZ, 2023, p.114)

Assim sendo vejamos a decisão da sexta turma do supremo tribunal de justiça:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DELITO DO ART. 241-D DO ECA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL NO CELULAR. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO

PENAL. REDUÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPRECISÃO DA QUANTIDADE DE VEZES EM QUE OS ILÍCITOS FORAM PRATICADOS. AUMENTO NA FRAÇÃO MÁXIMA.1. Tendo a condenação pelo delito de estupro sido fundamentada de forma suficiente em dados concretos extraídos do depoimentos da vítima e de diversas testemunhas, a pretensão de absolvição por falta de provas, com a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, ensejaria a reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites habeas corpus, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos" (AgRg no REsp 1439168/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 09/10/2015).3. Diante da ausência de laudo pericial a fim de atestar a existência de material pornográfico no celular do acusado, e inexistindo provas cabais de caracterizar o delito em questão, necessária a absolvição do paciente do delito previsto no artigo 241-D, parágrafo único, II do ECA por insuficiência probatória. A materialidade, que diz respeito aos vestígios naturais do crime, não pode ser comprovada apenas por testemunhos.4. A pena-base foi exasperada com a indicação de que as consequências do crime são negativas "em virtude da vítima ter necessitado de tratamento psicológico após o ocorrido e não conseguir dormir, pois "tem medo de escuro e não fica sozinha", fundamentação idônea que justifica o aumento realizado.5. No que tange à culpabilidade e circunstâncias do crime, apesar das peculiaridades do delito em questão, as circunstâncias descritas estão mais para a forma do próprio crime, não extrapolando o tipo penal, a ponto de justificar a majoração da pena, razão pela qual deve ser extirpada da dosimetria da pena.6. Não sendo possível precisar o número de infrações cometidas, é legítimo impor aumento em patamar acima do mínimo pela continuidade delitiva, levando-se em consideração a menção de que os crimes ocorreram "por pelo menos quatro vezes", no período compreendido entre 2015 e 2017.

7. Habeas corpus concedido em parte para absolver o paciente do delito previsto no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA e para redimensionar a pena do paciente quanto ao crime do art. 217-A do CP, ao patamar de 12 anos, 5 meses e 10 dias.⁴³

Isto posto, podemos dizer que a palavra da vítima tem sim muita relevância quanto ao fato real ocorrido, porém deverá estar em conformidade com os demais meios, como citado na jurisprudência acima sobre o assunto, segundo Capez:

"Assim, conclui-se que, em se tratando de crime contra a dignidade sexual, a palavra da vítima tem relevância especial, porém não deve ser recebida sem reservas, especialmente quando outros elementos probatórios se apresentam em conflito com suas declarações, situação na qual gera dúvida, ainda que ínfimo o que deve ser interpretado em favor do acusado, a fim de absolvê-lo por falta de provas. Ou" (CAPEZ, 2023, p.111).

6. CONCLUSÃO

Para concluir o presente trabalho e após todas as pesquisas realizadas, foi possível chegar ao objetivo de trazer as peculiaridades que envolvem o crime de estupro, sua obscuridade, crueldade e o quanto este afeta a vítima e o quão significativo o depoimento da mesma será válido como meio probatório.

Assim com base nas doutrinas vimos mudanças significativas em nosso ordenamento jurídico, que ocorreram na tipificação do crime de estupro, ou seja, passou a valer como parte do delito, atos libidinosos e o constrangimento. Uma tentativa do legislador de punir de maneira mais rigorosa quem ofenda a dignidade sexual de outrem, porém tais mudanças trouxeram consigo a dificuldade de prová-las.

Diante disso discorreremos sobre os meios de provas cabíveis, sendo os exames periciais e sua importância quanto a coleta de vestígios deixados, por meio dos exames de corpo de delito direto e indireto, sendo o último quando o crime não deixa a materialidade concreta, No que tange a prova testemunhal, vimos que a mesma supri quanto a falta de materialidade dos fatos, porém deverá ser observada com cautela quanto ao seu depoimento quanto a coerência para que não haja uma.

43 Fonte: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

Vimos no presente artigo que essa barbárie que é o crime de estupro ocorre com milhares de pessoas por dia entre e os mais afetados são mulheres e jovens, e diante das pesquisas mencionadas, podemos concluir que muitos casos não chegam ao poder dos órgãos competentes. Para concluir podemos dizer que o testemunho da vítima do crime de estupro é sim, um elemento essencial para a comprovação seja ele ocorrido por meio de violência, grave ameaça ou constrangimento. Muito embora o depoimento da mesma possa ser influenciado por diversos fatores como, traumas, medo, e uma pressão social, por vezes há evidências de que quando avaliado corretamente poderá crucial para determinar os fatos como observados por meios de julgados citados. Óbvio que não de maneira isolada, isso é em conjuntos com os demais meios probatórios.

Portanto é crucial que os profissionais do sistema judiciário saibam analisar meticulosamente tal crime para que haja uma decisão justa. O presente artigo teve como premissa trazer as peculiaridades do crime de estupro e trazer em questão, a relevância dos meios de prova, mas principalmente a importância do valor probatório do testemunho da vítima, a parte lesada e vulnerável da situação e o quão relevante ela por si só será crucial para a uma possível condenação do acusado. O intuito é trazer informações verídicas que auxiliará e evite futuras vítimas.

7. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Paula, **Abuso, A Cultura do Estupro no Brasil**, Globo Livros, Rio de Janeiro: 2020

CAPEZ, F. Código Penal Comentado. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. Direito Penal Esquematizado® - Parte Especial. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

ESTEFAM, A. Direito Penal 2 - Parte Especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte Geral - V.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte Especial Arts. 213 a 359-t - V. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado.
<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>. Porto Alegre: 2023

CONSULTAS À INTERNET:

STJ: a palavra da vítima, nos crimes contra a dignidade sexual, é de extrema importância. Autor Brenda Cristina Monteiro Da Silva, 2022 <https://canalcienciascriminais.com.br/stj-a-palavra-da-vitima-nos-crimes-contr-a-dignidade-sexual-e-de-extrema-importancia/>

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22610/1/TCC.%20Arthur.%200Vers%C3%A3o%20Final.%20PDF.pdf>

<https://canalcienciascriminais.com.br/stj-a-palavra-da-vitima-goza-de-destacado-valor-probatorio/>

<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17242/1/Rayssa%20Polianny%20de%20Souza%20Le%C3%A3o.pdf>

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56867/o-valor-da-palavra-da-vitima-no-sistema-probatario-como-principal-prova-nas-condenacoes-de-estupro-e-estupro-de-vulneravel>

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/artigo-158-cpp-exame-de-corpo-de-delito/1109432566>

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-delegado-pode-se-negar-a-realizar-diligencia/121928203> . acesso em 05/05/2023 as 15:56

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/palavra-da-vitima>

<https://fernandocapez.com.br/o-estupro-de-vulneravel-e-a-contemplacao-lasciva/>

VITIMOLOGIA: UM ESTUDO SOB OS CRIMES PENAIS

FRANCIELI EDUARDA DE SOUZA:

Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis⁴⁴.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

“Só aquele que resistir o processo.

Vai ter direito a vista mais fantástica...”

(Tribo da Periferia, 2021)

RESUMO: O presente trabalho estuda a participação e influência da vítima na origem do crime. Asseverando através de uma análise profunda em relação a vítima sobre: meio social, educação, cultura, discernimento, aspectos biológicos, sociais e psicológicos. Apontando a relação entre delinquente e ofendido, de forma a mostrar a imprescindibilidade de ponderação entre o grau de culpa do agente e o grau de inocência da vítima, demonstrando que essa nova perspectiva a respeito da vitimologia veio para transferir e estabelecer os rumos da persecução penal. Tem como objetivo por meio de revisão de literatura analisar a influência do comportamento da vítima na ação delituosa, para que ocorra uma justa e efetiva elucidação de crimes, evitando-se, portanto, que o crime cause novas vítimas, e por outro lado, para que as vítimas não causem novos delinquentes.

Palavras-chave: Vítima; Vitimologia; Delito.

ABSTRACT: The present work studies the participation and influence of the victim in the origin of the crime. Asserting through a deep analysis in relation to the victim about: social environment, education, culture, discernment, biological, social and psychological aspects. Pointing out the relationship between delinquent and offended, in order to show the indispensability of weighting between the agent's degree of guilt and the victim's degree of innocence, demonstrating that this new perspective regarding victimology came to transform and establish the paths of criminal prosecution. It aims, through a literature review, to analyze the influence of the victim's behavior in the criminal action, so that a fair and effective elucidation of crimes occurs, thus avoiding that the crime causes new victims, and on the other hand, to that victims do not cause new offenders.

44 E-mail: francieli_fes@hotmail.com

Keywords: Victim. Victimology. Crime.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos, a vitimologia veio se tornando um estudo de extrema relevância na análise da criminalidade e na construção de uma política criminal mais factual a ser incorporada pelo Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista que a análise psicossocial da vítima assevera que seu desempenho no delito foi completamente ativo, bem como foi o principal motivo de seu surgimento, dessa forma, a vitimologia é apontada como uma ciência independente, isto porque é constituída de métodos para o seu próprio fim.

A Vitimologia procura ter uma perspectiva integral e temática dos atos exercidos por determinadas pessoas, cujo se deparam em processo de vitimização, procurando então atrair, conscientemente ou inconscientemente seus agressores.

A vítima era considerada o elo fraco da relação delituosa e obtinha sustento da sociedade e do Estado, para que os resultados do delito fossem contidos e houvesse a reintegração do estado precedente ao crime.

O estudo vitimológico foi primeiramente abordado pelo advogado Benjamin Mendelsohn, conforme citado Bittencourt (1971), após a Segunda Guerra, no ano de 1.947 proferiu uma conferência na Universidade de Bucareste, intitulada “Um novo Horizonte na ciência biopsicossocial – a Vitimologia”, e foi considerado por muitos o grande precursor da Vitimologia, onde iniciou um estudo do comportamento dos judeus nos campos de concentração nazista.

Após suas iniciais considerações, estacou a precisão de estudar a vítima em seu meio segundo fatores endógenos e exógenos, e também do ponto de vista psicossocial.

Trata-se então de uma ciência que abrange áreas da psiquiatria, psicologia, sociologia, direito, entre outras, além de delinear o rumo de onde se iniciou o crime, esmiuçando os comportamentos e manifestações da vítima com o infrator.

2 CLASSIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS

A análise da vítima em relação ao crime era irrelevante na antiga doutrina, a ênfase era apenas no crime, no delinquente e na punição, sem interesse em saber até que ponto a vítima contribui para a ocorrência do crime.

Com o advento dos estudos sobre vitimologia, os conceitos se tornaram mais amplos, de forma que a vítima deixa de ser a parte fraca de um evento, sendo considerada a hipótese de a mesma ser a peça fundamental para a ocorrência do fato.

A Vitimologia trata de estudar o comportamento da vítima diante das leis sociais e jurídicas. Busca a análise dos componentes biossociológicos e psicológicos da vítima, a fim de apurar as condições em que apresenta tendência de tornar-se vítima de uma terceira pessoa, o criminoso, bem como de processos decorrentes de atos seus (OLIVEIRA, 1993, p.35).

As vítimas são classificadas por Mendelsohn da seguinte maneira: a vítima ideal ou completamente inocente é aquela que participou de forma real no contexto delitivo, podemos citar como exemplo a vítima de bala perdida.

Já a vítima menos culpada que o delinquente ou vítima por ignorância é aquela que de forma consciente ou inconsciente teve contribuição no crime.

A vítima tão culpada quanto o delinquente é, por exemplo, o caso de estelionato caracterizado pela torpeza bilateral, ou seja, a vítima age de má-fé recepcionando algum benefício com essa atitude.

No caso da vítima mais culpada que o delinquente ou provocadora temos como exemplo os casos de lesões corporais ou homicídio privilegiado concretizados após injusta provocação da própria vítima.

E, por fim, a vítima como única culpada, agressora, simuladora e imaginária se trata daquela que, por exemplo, está totalmente embriagada e resolve atravessar uma rodovia movimentada e sendo rapidamente atropelada.

Ao mesclar ligeiramente todas as classificações mencionadas, pode-se observar que "a vítima que se deve estudar na ciência vitimológica é aquela que sofre danos de ordem física, mental, econômica, bem como a que perde direitos fundamentais, seja em razão de violações dos Direitos Humanos, bem como por atos de criminosos comuns." (OLIVEIRA, 1993, p. 37).

O principal objetivo da vitimologia é estudar o comportamento da vítima em relação ao agressor, e vice-versa, analisando o comportamento da vítima do ponto de vista biopsicossocial no contexto do crime.

Segundo Edgard Bittencourt, a relação réu-vítima pode revelar e fornecer uma espécie de chave sobre a gênese do crime, o que ajuda o juiz a resolver a questão da culpabilidade de forma mais justa e humana .

Atualmente, reconhece-se que a vítima é quase sempre um fator necessário na origem do crime, sendo alguns aspectos da vitimologia incorporados ao direito penal, como o uso de dispositivos atenuantes em casos de crimes cometidos sob a forma de injusta provocação da vítima, ou quando esta for a causa indireta do fato, bem como a obrigação de reparar os danos causados pela participação ativa da vítima no crime.

3 PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME

Essa participação deve ser analisada principalmente quando ocorre como forma de provocação em crimes específicos, pois pode resultar na redução da pena em crimes de homicídio e lesão corporal, ou mesmo na ausência total de punição, como no crime de lesão corporal.

Isso significa que a participação passiva da vítima nos crimes aparece como a essência da vitimologia e como um método intrusivo de análise dos crimes em geral.

(...) Concentrar a atenção na vítima provável, a fim de evitar a delinquência, ou atenuar-lhe suas proporções e quantidade, educando-a para manter-se em vigilância contra a conduta, consciente ou inconsciente, que possa prejudicála, chegar para tal, até ao ponto de se poder contar com clínicas vitimológicas, tudo isto são propostas dignas de ponderação e de elucubrações, para os avanços sucessivos nas descobertas de meios de saneamento social (BITTENCOURT, 1971, p. 84).

De acordo com Bittencourt (apud MENDELSOSOHN,1956), o caminho a ser percorrido é por meio de uma análise racional da dupla delinquente-vítima, valorizando os antecedentes, a personalidade e o meio social desses sujeitos para observar as ações que levaram ao ato infracional.

Dessa forma, espera-se que após muitas pesquisas sobre a personalidade e as motivações das vítimas, seja possível reduzir ou mesmo eliminar o número de crimes, visto que muitos criminosos já foram vítimas em algum momento de suas vidas, porém, enquanto a análise da vítima não pode afastar a criminalidade de forma regular por razões extralegis.

Por outro lado, pode a demonstração de culpa da vítima influenciar na severidade da punição, corroborando na falta de periculosidade do agente, uma vez que para aplicação de uma pena ao delinquente deve ser levado em consideração, não somente sua culpa, como também a participação do ofendido revelando o nível de culpa do mesmo em relação ao acontecido.

É de extrema importância analisar o caso concreto, pois o mesmo cria algumas consequências jurídicas, entre elas a exclusão do próprio crime ou a exclusão da culpabilidade, observando sempre a tese da inexigibilidade da conduta diversa, analisando sempre, a medida que a vítima, com sua atuação contribui para o delito, pois muitas das vezes o seu comportamento descuidado facilita a atuação do criminoso.

“A circunstância judicial do comportamento da vítima apresenta relevância nos casos de incitar, facilitar ou induzir o réu a cometer o crime. Caso contrário, se a vítima em nada contribuiu, a circunstância judicial não pode ser valorada negativamente. Assim, o comportamento da vítima, circunstância taxada como neutra, só tem relevância jurídica para minorar a pena do réu (se a vítima contribui para o crime, trata-se de causa de redução da pena-base; se a vítima nada contribui para o crime, trata-se de circunstância neutra).” (LIMA, Rogério Montai de. Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 33)

Em se tratando da aplicação da pena, circunstância prevista no artigo 59 do Código Penal, compreende-se a culpabilidade como o grau de reprovabilidade do ato praticado, considerando as particularidades do delito e as condições individuais do agente no cenário criminoso, permitindo assim concluir pelo maior ou menor grau de censura do comportamento do réu, conforme mostra a jurisprudência:

A culpabilidade como medida de pena nada mais é do que o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta. Deve ser observado, pois, a posição do agente frente ao bem jurídico tutelado, cuja reprovabilidade deve ser calcada em elementos concretos dos autos, os quais devem escapar ao campo de incidência do tipo penal violado, sob pena de bis in idem. (STJ. HC 435.215/ RS, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe de 29/8/2018.

4 O CRIME DE HOMICÍDIO

O homicídio é o primeiro crime a ser estudado, devido ao seu impacto social, sua gravidade, e suas consequências tanto para o delinquente quanto para o ofendido.

É fundamental destacar os casos em que o comportamento da vítima é resultado da atitude do agente, pois dessa forma, é possível perceber que em muitos dos casos em que o agente infringe o artigo 121 do Código Penal, há significativa participação da vítima que influencia na exaltação do agressor.

Ao estudar, por exemplo, o caso de um pai que abusa cruelmente de seus filhos e negligencia seu cônjuge por um longo período de tempo, se um dos filhos se revoltar contra o pai e o matar, o impacto que o pai teve na etiologia subjacente do homicídio deve ser levado em questão quando o agente é punido.

Ou por exemplo também, o caso de um pai alcoólatra que tranca na cozinha a companheira e os filhos privados de alimentação, ocorre que diante da fome e do desespero, um dos jovens filhos enfrenta o pai e o mata utilizando de uma arma de fogo, seja para defender-se ou instigado pela família maltratada.

Em ambos os casos, fica extremamente claro que o crime só aconteceu pois a vítima praticamente obrigou o agente a responder as suas provocações para que as mesmas parassem, comprovando o estudo vitimológico demonstrando a capacidade da vítima em criar uma situação periculosa e lesiva de forma a parecer ser o polo passivo do crime.

Devemos destacar também a importância da vitimologia nos casos de quebra de fidelidade conjugal: O comportamento de uma esposa que trai a confiança de seu companheiro não funda o delito contra sua vida, levando em conta que não há equilíbrio, ou qualquer temperança entre a traição e o homicídio praticado (*vida versus honra*), pois conforme Bittencourt (1971, p. 133) se torna desnecessário dizer que legítima defesa da honra não é aceita como fundamento.

Contudo, os tribunais vêm aceitando como resposta ao impasse, o comportamento da vítima como causa de diminuição de pena, mais conhecida como minorante ao depender do crime da qual ela levou o agente a cometer.

Constatase então, que a infidelidade da vítima não fundamenta o homicídio praticado pelo esposo, entretanto a violenta emoção que a mesma criou no agente permite a redução da pena até o mínimo legal, visto a definição de causa especial de diminuição de pena.

(...) motivo fútil (...) é o motivo insuficiente perante o homem médio. Sua conceituação exclui o que possa ter provocado exaltação ou impulso com que o réu levado ao crime, devendo o juiz apreciar a qualificadora, levando em conta o grau de educação do agente, o meio, a situação econômica e outros fatores especiais (BITTENCOURT, 1971, p.141).

Ensina Bittencourt (1971, p. 90) que a emoção provocada no agente pela vítima, não pode causar a impunidade ao delito cometido, contudo a aplicação da pena feita pelo juiz, neste caso será movida pela atenuante face aos demais elementos objetivos e

subjetivos do crime, sendo que nas palavras do autor a emoção constitui “um elemento de valor”.

5 ESTELIONATO

Comete crime de estelionato aquele que mediante fraude obter indevida vantagem econômica em prejuízo da vítima, conforme artigo 171 do Código Penal:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

O artigo usa os termos “artifício” e “ardil”, ambos sendo meios materiais, assim como o uso de documentos, salientando também que nesse crime, o objeto não é subtraído, e sim a vítima, entregará ao agente através do ato viciado. Podemos observar então que a capacidade de enganação do agente e a capacidade em que a vítima tem para ser enganada tipifica o duplo-penal, que é de extrema importância para a análise do crime.

Neste contexto, Bitencourt (2014, p.278) menciona como exemplo um sujeito que finge ser dono de uma loja de carros, promete que irá entregar o veículo a vítima, porém recebe o dinheiro e desaparece.

O crime então pode acontecer de duas formas, a variar da conduta comportamental da vítima, as formas são: induzi-la ao erro ou mantê-la em erro, o que significa que há a possibilidade de o agente colocar a vítima em erro ou apenas aproveitar da situação.

Em alguns casos, a vítima ao perceber que está sendo enganada impede a consumação do crime, opera-se, portanto apenas a tentativa do crime, porém, muitas das vezes por demonstrar inexperiência ou até mesmo comportamentos de simplicidade, acaba se deixando ludibriar pelo meio sagaz utilizado pelo agente.

Desse modo, observa-se a necessidade de um estudo detalhado do comportamento e antecedentes da vítima, visto que não ecoa somente na consumação do delito, como também é pertinente para chegar a uma conclusão de o porquê as pessoas são congruentes a serem vítimas de estelionato, e só então obter meios de prevenir a eclosão de novas vítimas.

6 ESTUPRO

A liberdade sexual é um dos direitos da mulher e quando essa liberdade é violada, com uso de grave ameaça ou até mesmo com violência, o agente deverá sofrer punição, sem levar em conta as condições morais da vítima, ou seja, não é discutível o recato sexual da vítima, e o crime ocorrerá até mesmo se tratando de vulgívaga.

Qualquer ato de conotação sexual, cometido por vício de vontade da vítima ou contra a vontade da mesma, o crime é existente, entretanto, se há o consentimento da vítima, não há crime punível, exceto nos casos presumidos de violência em virtude da pouca idade, ou em razão de alienação mental.

Em vista disso, o ordenamento jurídico determina limites do que é lícito e do que é ilícito, como por exemplo, a idade da vítima, as condições de saúde, a capacidade de discernimento, entre outros fatores.

Devemos destacar que aqui se aplica também as classificações das vítimas, como por exemplo, a vítima provocadora que incita o agente, e em futuro arrependimento, recusa a aproximação, o que leva a ser ponderada tal atitude.

Recentemente o juiz de direito Luiz Fernando Silva Oliveira, da 2ª Vara de Bebedouro (SP), em uma de suas sentenças absolveu um homem acusado de cometer estupro de vulnerável. O caso diz a respeito de um relacionamento íntimo entre o rapaz e uma adolescente menor de 14 anos, o casal mantinha relações sexuais que veio a resultar em uma gravidez. Ao ser denunciado pelo Ministério Público, o réu alegou sua inocência, dizendo que todas as relações sexuais haviam sido consentidas pela adolescente, e que o mesmo também teria pedido permissão a mãe da jovem para que namorassem.

Com base nos relatos de testemunhas, familiares, e da própria adolescente, o juiz concluiu se tratar de “um namoro, que começou de forma precoce, e não um abuso sexual”. Mencionando então a “teoria da adequação social”, onde os aspectos sociais devem ser levados em consideração para a análise das normas.

Posto isso, o estudo vitimológico corrobora para o esclarecimento do crime, pois analisa o comportamento da vítima, juntamente com o meio social e a sua educação, entre outras condutas que são capazes de apontar o resultado da persecução penal.

7 CONCLUSÃO

O estudo vitimológico é muito intrincado e discutido em diversas correntes doutrinárias, principalmente devido as alterações da Lei 7.209/1984, as quais são referentes a contribuição da vítima na aplicação da pena pelo juiz.

Há inúmeras classificações de vítimas, e dentre elas a de Mendelsohn é a que mais se destaca, pois foi realizado pelo mesmo de modo comparativo a segmentação das possibilidades de comportamento tanto da vítima quanto do delinquente, em outras palavras é a metodologia entre o duplo-penal na eclosão do crime que é objeto de estudo peculiar a vitimologia.

Prontamente, a vitimologia explora o caráter da vítima tanto de forma multidisciplinar quanto interdisciplinar, indagando os inúmeros aspectos, tais como o econômico-social, psicológico e biológico, com o propósito de que o delinquente não sofra todas as repercussões do crime, isso quando o ofendido contribui para o resultado, diminuindo a probabilidade de que os delitos não aumentem novas vítimas e estas não fomentem novos infratores.

Posto isto o estudo da vitimologia, oportuniza que o juiz durante o processo crime tenha uma cognição mais desenvolvida sobre o papel, o caráter, a personalidade e os antecedentes da vítima, assegurando um julgamento mais justo, sendo que será analisada a influência do grau de culpa do agente do crime frente o grau de inocência da vítima, no que tange a dosagem da pena, a fim de que colabore o dilucidamento dos crimes e opere a devida segurança jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral - vol. 1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971.

BRASIL, Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940, **Código Penal**, Diário Oficial da União.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Relatório GT Dosimetria da Pena**. Brasília, 2022. Disponível em: relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf (cnj.jus.br). Acesso em: 29 de abril de 2023.

JUIZ cita "namoro precoce" e absolve acusado de cometer estupro de vulnerável. **ConJur**, 2023. Disponível em: [ConJur - Juiz vê "namoro precoce" e absolve acusado de estuprar vulnerável](https://conjur.com.br/2023/04/29/juiz-vem-namoro-precoce-e-absolve-acusado-de-estuprar-vulneravel) Acesso em : 29 de abril de 2023.

LIMA, Rogério Montai. **Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e Criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

RESILIENCIA. Interprete: Tribo da Periferia. Compositor: Duckjay. *In*: **Híbrido**. Local: Kamikaz Produz, 2021.

SILVA, Danyelle Zambo. **Vitimologia: Um estudo sobre a participação da vítima na eclosão do crime e em suas consequências**. Marília: Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, 2014. Disponível em: Monografia Danyelle Zambon da Silva - XLVII Turma de Direito UNIVEM - 5ªA Noturno.pdf. Acesso em 02 de outubro de 2022.

A ESFERA DA LEGÍTIMA DEFESA E A LINHA TÊNUE PARA O EXCESSO

POLIANE TONIOLO MARCELINO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis⁴⁵.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: O Presente trabalho tem por enfoque o instituto excludente de ilicitude, qual seja, a legítima defesa na atuação policial. Conceito da legítima defesa, requisitos para caracterização e valoração no meio jurídico. A proteção de qualquer bem juridicamente tutelado pela lei, será defeso pelo instituto da legítima defesa, e sua definição encontra-se positivada pelo Direito Penal, em sua parte geral. Neste sentido, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. O agir em legítima defesa deverá ser empregado com moderação e dentro do limite razoável para conter a agressão, para que assim afaste as consequências penais sobre o agente. Analisa-se o cabimento da excludente de ilicitude face aos preceitos legais estabelecidos em lei, bem como os potenciais e consequentes excessos dos atos ilícitos de acordo com as doutrinas. No decorrer do trabalho, foi abrangida a obrigação de agir do poder de polícia em prol da paz social e seguridade pública, fazendo o uso da força e de seus poderes, obedecendo o princípio da legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-chave: Legítima defesa. Atuação Policial. Moderação.

ABSTRACT: The present work focuses on the exclusionary institute of illegality, that is, self-defense in police action. Concept of legitimate defense, requirements for characterization and valuation in the legal environment. The protection of any good legally protected by the law, will be defended by the institute of legitimate defense, and its definition is positivized by the Criminal Law, in its general part. In this sense, whoever, using the necessary means in moderation, repels unjust aggression, current or imminent, to his or others' right. Acting in self-defence must be used in moderation and within reasonable limits to contain the aggression, so as to avoid the criminal consequences on the agent. The pertinence of the exclusion of unlawfulness is analyzed in view of the legal precepts established by law, as well as the potential and consequent excesses of unlawful acts. During the work, the obligation of the police power to act in favor of social peace and

⁴⁵ E-mail: polianetoniolo@gmail.com

public security was covered, making use of force and its powers, obeying the principle of legality, necessity, reasonableness and proportionality.

Keywords: Legitimate defense. Police Action. Moderation.

Sumário: 1. Introdução 2. Tipicidade, ilicitude e culpabilidade da ação 3. Legítima defesa 3.1 Conceito 3.2 Natureza jurídica e fundamento 3.3 Requisitos da legítima defesa 4. Da moderação face a ação e imediata reação 4.1 Do excesso à defesa 4.1.1 Excesso escusável 5. Atuação policial 5.1 No plano constitucional 5.2 Poder de polícia e uso da força 5.3 Legítima defesa na atuação policial 5.4 Do excesso na legítima defesa em atuação policial 5.4.1 Legítima defesa putativa 5.5 Da responsabilidade objetiva do estado 6. Considerações finais e referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, por meio de seus representantes, é responsável constitucionalmente pela segurança pública, preservando a ordem e incolumidade das pessoas e patrimônio, cujo entendimento encontra-se tipificado no artigo 144 da Constituição Federal de 1988. Diante da impossibilidade de estar em todos os locais, o ente federativo avocou sua função judiciária ao oferecer amparo legal quando injustas forem as agressões. Assim, a proteção de qualquer bem juridicamente tutelado pela lei, será amparado e defeso pelo instituto da legítima defesa.

A legítima defesa sempre foi aceita na maior parte dos sistemas jurídicos, pois decorre do direito natural da civilização em face da necessidade de repelir ou impedir atos injustos. Contudo, é necessário que o agente esteja impossibilitado de recorrer aos meios de proteção oferecido pelo Estado, agindo diretamente em sua defesa ou na defesa de terceiros. Destarte, dá-se como lícito o fato típico praticado quando preenchidos os requisitos legais e cumulativos de ordem subjetiva e objetiva.

O Código Penal (Decreto Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940) é regido não apenas por normas incriminadoras mas também por normas permissivas que, com a análise do caso concreto e circunstâncias, autoriza a realização de uma conduta tida como ilícita. Para que haja tal permissibilidade, valer-se-á do estudo da ação do sujeito agressor conjuntamente com as circunstâncias do caso, que possivelmente vieram a induzir um reflexo desajustado do sujeito agredido. Haja vista que, se o intuito é de proteger o bem jurídico que está (atual) ou iminentemente virá a ser lesado, a conduta ilícita será convertida em fato antijurídico lícito.

Dessa maneira, o legislador discorreu no art. 25 do Código Penal, o seguinte conceito à legítima defesa: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente

dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940, art. 25). Então, a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico com as próprias mãos, repelindo injusta agressão, utiliza-se de um requisito de moderação, cuja a ação defensiva será proporcional a agressiva, isso se for possível e estiver ao alcance da suposta vítima.

Neste sentido, fica o presente questionamento: Sendo a legítima defesa tipificada e pré-estabelecida em lei, sua proporcionalidade confronta diretamente com todas as ações que se valham do emprego imoderado dos meios de defesa? Em determinados casos e circunstâncias, poderá ocorrer a deturpação da responsabilidade limítrofe no instituto da excludente de ilicitude tratada?

No intuito de verificar todos os pormenores deste instituto, foi utilizado o método dogmático instrumental, através da interpretação da doutrina e legislação pertinentes. Consubstanciado em pesquisas bibliográficas, os estudos doutrinários que discorrem acerca dos conceitos primitivos sobre o tema, ora já consolidado no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, apontamentos contemporâneos e julgamentos da matéria tratada, com abordagem qualitativa e exploratória de discussões acerca da linha tênue para o excesso. Doutrinadores como Cleber Masson, Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bitencourt, André Estefam foram essenciais para a conceituação do instituto da legítima defesa.

O trabalho tem como objetivo geral examinar o instituto da legítima defesa de maneira ampla, seu conceito, dispositivo legal no Código Penal, natureza jurídica, requisitos legais, espécies, moderação e imoderação em congruência com o instituto tratado. No mais, face a relevância do tema, será abrandada as condutas ilícitas que virão a ser convertidas em fato antijurídico lícito, baseando-se na aplicabilidade do instituto da legítima defesa e sua devida proporcionalidade sob a análise do caso em concreto. Por fim, identificar as limitações do direito à legítima defesa face aos potenciais e consequentes excessos dos atos, direcionada à atuação policial, uso progressivo da força e a responsabilidade objetiva do Estado sobre tais circunstâncias.

2 TIPLICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE DA AÇÃO

Nos primórdios de um crime haverá a tipicidade da ação ou omissão do agente, pois, a conduta dele estará em contradição com o ordenamento jurídico. Logo, ao restar constituído um delito, o Código Penal, será evocado para solucionar a lide. Contudo, para que haja a intervenção da Lei Penal limitando os direitos ou garantias fundamentais, assim previstos na Constituição Federal Brasileira (CF/88), o agente deve ter sua conduta penalmente tipificada (disciplinada diretamente pela lei).

Neste sentido, como determinados contextos devem ser disciplinadas pela lei (MENDES, BRANCO, 2022, p. 2525), consagra a CF/1988 o princípio da reserva legal, em seu respectivo artigo 5º, inciso XXXIX, in verbis:

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:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988, art. 5º).

A ilicitude está submetida a esta anterioridade da norma em relação à conduta do agente, composta com os demais requisitos do crime, quais sejam, a tipicidade e culpabilidade. Ademais, o Código Penal traz circunstâncias em que mesmo sendo típico o ato praticado, não haverá crime. De tal modo, é dada a exclusão da responsabilidade penal se presente alguma das causas de excludente de ilicitude. Assim dispõe, em seu artigo 23:

Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (BRASIL, 1940, art. 23).

Logo, o trabalho em questão oferece maior atenção à excludente de ilicitude legítima defesa. Tem-se em vista, que o Estado não estará presente em todos os momentos da vida cotidiana para intervir sobre atos injustos.

3 LEGÍTIMA DEFESA

3.1 CONCEITO

Temos por configurada a legítima defesa quando há um conflito existente entre um bem ou interesse juridicamente protegido e um injusto agressor. Assim, aquele que fora atualmente ou vier a ser iminentemente agredido, poderá repelir a injusta agressão, contra

direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios. Dito isso, a pessoa passível da injustiça contém em suas mãos o poder de reação contra o perigo de lesão sem que haja necessidade de aguardar a atuação do Estado.

Desse modo, o doutrinador Bitencourt (2023, p.1051) faz referência a legítima defesa como sendo uma conquista da civilização:

O reconhecimento do Estado da sua natural impossibilidade de imediata solução de todas as violações da ordem jurídica, e objetivando não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação, permite, excepcionalmente, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, que a dogmática jurídica denominou legítima defesa.

A saber, nota-se que os o agentes públicos, *in casu*, também são contemplados pelo instituto da legítima defesa e, para tanto, o doutrinador clássico Cleber Masson (2020, p. 350) pondera e exemplifica:

A Lei 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, acrescentou o parágrafo único [...]. [...] propiciar maior segurança jurídica às instituições de segurança pública e seus membros [...]. [...] na situação de um atirador de elite (sniper) para salvar as vítimas de um sequestrador armado que as mantém como reféns no interior de um ônibus, é indiscutível a incidência da legítima defesa, como causa de exclusão da ilicitude, se ocorrer a morte do agente quando ele se propõe a eliminar a vida de uma das vítimas, desde que presentes os requisitos elencados pelo art. 25, *caput*, do Código Penal.

Logo, a legítima defesa valhe-se como o instituto eficaz para repelir a injusta agressão, cujo o bem jurídico preservado tem valor igual ou superior ao atingido, cuja a ação deverá ser empregada com proporcionalidade, moderação e dentro do limite razoável para conter a agressão.

3.2 NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO

A Legítima defesa é causa excludente de ilicitude, como assim fora indicado no artigo 23, inciso II do Código Penal. Para que haja a caracterização do instituto da legítima defesa, faz-se necessário o preenchimento de determinados requisitos. Estes encontram-se indicados no artigo 25 do Código Penal, cumulado com seus respectivos incisos. Em síntese do necessário, são eles: a) agressão injusta; b) atual ou iminente; c) a direito próprio ou de terceiro; d) repulsa com meios necessários; e) uso moderado de tais meios; e f) conhecimento da situação justificante (CAPEZ, 2022, p.753).

3.3 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

O primeiro requisito é a existência de uma agressão injusta, seja ela real (realmente existe) ou putativa (imaginária) que, contudo, não pode confundir-se com a mera provocação do agente. Também, o ato de agressão atenta contra direito próprio ou alheio, dirigido a um destinatário certo. Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e im-pessoais, disponíveis e indisponíveis. (BITENCOURT, 2023, p.1061).

Por fim, tem que ser atual ou iminente a agressão, não se admitindo a legítima defesa contra agressão passada ou futura (se incerta) e, também descaracterizando a repulsa contra injusta agressão que não acontecerá de forma imediata. É o que diz Biterncourt, em seu livro Tratado de Direito Penal (2023, p.1059):

A reação do agredido para caracterizar a legítima defesa pode ser preventiva ante uma agressão injusta iminente, estando orientada, prioritariamente, a impedir o início da ofensa, mas pode destinar-se a evitar, ante uma agressão injusta atual, a sua continuidade, com o objetivo de impedir que se produza um dano maior ao bem jurídico¹⁰³⁵. A reação deve ser, em ambos os casos, imediata à agressão, pois a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa.

Neste sentido, não se pode cobrar uma proporção mecânica daquele que foi subitamente agredido, pois, se a reação de defesa do bem jurídico tutelado fora o único meio disponível e utilizado de forma moderada, sob o ato de repulsa haverá a causa excludente de ilicitude do artigo 23, inciso II, do Código Penal, pois desta ação procedeu o emprego moderado dos meios de defesa.

4 DA MODERAÇÃO FACE A AÇÃO E IMEDIATA REAÇÃO

Cumulativamente com os requisitos já discorridos, é certo que o agredido (sujeito passivo) deve se utilizar de meios moderados para repelir a injusta agressão do sujeito ativo, assegurando que a moderação perdurará apenas enquanto durar aquela. Ao final, o agente passivo deve ter conhecimento da situação justificante, ciente da ação em repulsa a um ataque atual ou iminente (requisito subjetivo). Desse modo, se houver a imoderação da defesa, com ação além do exigido razoavelmente pelas circunstâncias, pressupor-se-á a caracterização do excesso à defesa.

4.1 DO EXCESSO À DEFESA

Faz-se necessário averiguar a conduta do agente, se esta deu-se de maneira dolosa ou culposa, para que enquadre o excesso tipificado em lei.

Face aos mencionados tipos, o doloso se utiliza da voluntariedade e propositividade em exceder-se na prática do delito; já o culposo, o excesso é resultado de uma imprudência, negligência ou imperícia do agente; ao falarmos do acidental, este se origina de causa fortuita ou de força maior, assim o excesso é penalmente irrelevante já que os eventos causadores foram imprevisíveis e inevitáveis ao agente; temos como exculpante o excesso dado por medo ou susto do agente em face da situação em que se encontra; ao final, temos como intensivo aquele em que o agente se utiliza de meios desproporcionais para defender-se de uma agressão injusta e, extensivo quando não mais existe uma agressão injusta, mas em seguida o agente lesa bem jurídico alheio (MASSON, 2020, p. 370 e 371).

4.1.1 Excesso escusável

Há casos em que o emprego imoderado da defesa ainda resultará como excludente de culpabilidade, e este entendimento encontra-se na espécie de excesso exculpante, baseado na inexigibilidade de conduta diversa. Este não é previsto no Código Penal, mas é tratado na doutrina, jurisprudências, Código Penal Militar (Decreto Lei - 1001/1969) e ordenamento jurídico de alguns países como Alemanha, Espanha e Portugal. Variáveis são os entendimentos acerca da apreciação ou não dessa tese, por esta ser vaga e com uma dinâmica comprobatória incerta, que pode gerar a impunidade do agente.

O excesso escusável recebeu tratamento de causa supra legal de exclusão de culpabilidade, de modo que o fato será tido como típico e antijurídico, mas não culpável. Tal uso imoderado dos meios de defesa decorre do medo, surpresa ou profunda alteração do ânimo do agente em face da situação em que se via em iminente risco. Contudo, apesar da impossibilidade de exigir uma reação moderada do agente, o excesso se deu motivado pelas emoções subjetivas daquele, e mesmo sendo inexigível uma conduta diversa, sua conferência durante a instrução processual, poderá invocar uma certa disparidade de armas e incerteza sobre quem virá a ser caracterizado como a vítima ou agressor do fato gerador.

5 ATUAÇÃO POLICIAL

5.1 NO PLANO CONSTITUCIONAL

Entende-se como característica do Estado a preservação da ordem pública bem como a segurança das pessoas e, a ele recai a responsabilidade objetiva sobre seus agentes públicos. A norma constitucional vigente no país de, qual seja, Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 144 a previsão de tal entendimento:

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.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (BRASIL, 1988, art. 144).

Em breve síntese das funções pelos quais os mencionados órgãos se destinam, a Polícia Federal apura infrações penais contra a ordem pública e social de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas. No mais, a Polícia Rodoviária Federal está relacionada ao patrulhamento ostensivo das rodovias Federais, enquanto a Polícia Ferroviária Federal patrulha as ferrovias federais. Ainda, as Polícias Civis, tem função de polícia judiciária e apuração de infrações penais, enquanto as Militares buscam a preservação da ordem pública.

Tais órgãos, possuem normas que moldam suas condutas e atuações, estabelecendo para tanto direitos e obrigações a fim de uma boa conduta profissional. No que diz respeito a ordem pública, portanto, é de competência primordialmente da Polícia Militar, logo, busca-se sobre ela um comportamento legalista tanto direcionado ao público interno quanto ao público em geral.

5.2 PODER DE POLÍCIA E USO DA FORÇA

O poder de polícia atua em prol da ordem pública e segurança social cuja atribuição vem da administração pública, a fim de combater atos cometidos por determinados indivíduos que atormentam a paz social. Para sua atuação, há variação das maneiras de solução do conflito, pois nem sempre estes são resolvidos de forma pacífica. Logo, a depender da situação, faz-se necessário o uso progressivo da força, no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso, nos termos do artigo 284 do Código de Processo Penal.

No mais, é de saber que o uso da arma de fogo não é o instrumento prioritário, já que, a utilização de instrumentos que auferem menor potencial ofensivo tem preferência em todo o território nacional. Tendo em vista tal fundamento, deve-se ressaltar que o uso de instrumento de menor potencial ofensivo, ou seja, aquele que contem baixa probabilidade de causar mortes ou lesão permanente, não pode por em risco a integridade física ou psíquica dos policiais. Nestes termos, deve o policial optar para o emprego da força pelo qual for necessária e adequada em resposta ao nível de reação do agressor/infrator da lei, a fim de o conter, debilitar ou incapacitar temporariamente.

A Lei 13.060 de 22 de dezembro de 2014, dispõe acerca do uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em nosso território nacional. No decorrer desta, em seu artigo 2º, parágrafo único, retrata:

Não é legítimo o uso de arma de fogo:

I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e

II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros. (BRASIL, 2014, art. 2º, parágrafo único).

Neste interino, o uso da arma de fogo deverá ser racional, sendo os agentes de segurança habilitados, pois inclusos em conteúdo programático para formação e capacitação. Ademais, em atuação, a Polícia de forma ostensiva ou preventiva, dentro do estrito cumprimento do dever legal assegurará a paz social, utilizando-se do meio necessário e disponível quando se deparar com resistência, agressão violenta, em cumprimento de mandado de prisão ou até mesmo em abordagem rotineira.

5.3 LEGÍTIMA DEFESA NA ATUAÇÃO POLICIAL

Diariamente o policial se depara com casos de complexibilidade diversificada, ocasião em que sua atuação poderá variar. Nesses momentos, os altos e baixos vão desde uma simples abordagem, até um confronto onde todos os envolvidos são altamente armados. Sob esse ponto, não podemos apenas considerar o que nossos olhos alcançam, pois não estamos tratando de meros defensores da seguridade pública, mas também de humanos com emoções.

Por mais que haja um preparo técnico-psíquico do policial, o mesmo pode ser tomado por adrenalina. Logo, o agente que reage à agressão injusta, seja ela atual ou iminente, utilizando-se dos meios necessários, agirá amparado pelo instituto da legítima

defesa e, portanto, pela exclusão da ilicitude de seu ato. Vale ressaltar, que a circunstância descrita não se confunde com o estrito dever do cumprimento legal.

A título de conhecimento, temos como estrito cumprimento do dever legal, uma causa também prevista no artigo 23, inciso III, do Código Penal, que virá a excluir a ilicitude do fato quando enquadrada nas circunstâncias que a tipificam. Isso acontece quando a lei traz uma posituação a um agente público para que o mesmo realize condutas, até mesmo através da prática de fatos típicos a fim de executar o ato legal. Assim, o autor da obra Direito Penal, Parte Geral, André Estefam (2023, p.756), indica como circunstâncias para tal excludente de ilicitude:

- a) existência prévia de um dever legal, leia-se: de uma obrigação imposta por norma jurídica de caráter genérico, não necessariamente lei no sentido formal; o dever poderá advir, inclusive, de um ato administrativo (de conteúdo genérico). Se específico o conteúdo do ato, poder-se-á falar em obediência hierárquica (instituto regulado no art. 22 do CP, que interfere na culpabilidade do agente, como se estudará no próximo capítulo);
- b) atitude pautada pelos estritos limites do dever;
- c) conduta, como regra, de agente público e, excepcionalmente, de particular. Como exemplo de dever legal incumbido a particular costuma-se lembrar do dever dos pais quanto à guarda, vigilância e educação dos filhos.

Uma vez identificada a diferença entre estrito cumprimento do dever legal e a legítima defesa, resta claro que, quando preenchido os requisitos de um ou de outro, nos seus referidos termos, haverá a absolvição do policial, pois amparado na excludente de ilicitude. Assim, face a legítima defesa do policial que reagiu a uma agressão injusta, deve ser feita a apuração dos fatos de maneira imparcial (logo, não tendenciosa), considerando ainda os princípios legais para solidificar suas ações.

5.4 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA EM ATUAÇÃO POLICIAL

O Código Penal, estabelece em seu artigo 23, parágrafo único, a hipótese em que o excesso será punido em qualquer das hipóteses excludentes de ilicitude. Para tanto, a pessoa que agir em excesso terá ultrapassado as barreiras limítrofes durante a prática do fato típico para repelir a agressão injusta, em específico no caso da legítima defesa. Assim sendo, o agente intensifica sua conduta além do necessário e, em razão disso, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Tal hipótese, também alcança os agentes policiais que agirem em excesso em repulsa a agressão injusta. Como fora dito, os agentes de segurança pública possuem

preparo técnico-psíquico e, portanto são capacitados a usar a arma de fogo como último e excepcional recurso; mesmo assim, quando estritamente necessário, devem ser treinados para manejá-la tão somente para imobilizar, recebendo treinamento adequado e contínuo para que os disparos não atinjam região vital. Ou seja, atirar para no máximo ferir, realizando, assim, uma defesa qualificada que não se equipara a de um particular, nem tampouco a de um soldado em uma guerra sem lei.

Nestes termos, os policiais não podem atuar além do imprescindível para repelir o dano ou iminente prejuízo, se não sobre eles recairá a excesso. Os agentes estatais tem a responsabilidade de atuar dentro das premissas da paz social e segurança pública, sendo necessário que atuem sem excessos, e principalmente com cautela. Logo, é de saber que o instituto da legítima defesa também o ampara se não caracterizado o excesso, e assim, com a junção de provas no processo penal, torna possível a absolvição do policial que agir em legítima defesa.

5.4.1 Legítima defesa putativa

Nesse caso, na legítima defesa putativa, o agente por erro de tipo ou erro de proibição supõe a existência da legítima defesa, ocasião em que há falsa percepção da realidade, pois acreditava estar realizando uma conduta típica mas com a finalidade de se defender. A título de exemplo, suponhamos estar havendo confronto policial contra traficantes em um bairro afastado do centro da cidade; o policial ao se deparar com um homem portando um objeto semelhante a uma pistola em suas mãos, imediatamente repeliu a suposta agressão que viria a sofrer, vitimando fatalmente o homem. O policial acreditava que o homem estava portando uma pistola, mas na verdade se tratava de um morador do local portando apenas uma furadeira.

Logo, é de se perceber a falsa percepção da realidade que acometeu o policial em seu ato, pois as circunstâncias do fato impulsionou sua reação defensiva. Deste modo, apesar da complexibilidade em demonstrar o dolo do agente policial, o juiz virá a julgar. Se restar isento de pena o policial face a legítima defesa putativa, ainda subsistirá a responsabilidade objetiva do Estado sobre o ato de seu agente.

5.5 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Temos como responsabilidade do Estado à preservação da ordem pública bem como a segurança das pessoas, inclusive quando os agentes estiverem em atuação. Com relação à atuação da polícia isto também é válido, tendo os agentes estatais a responsabilidade de atuar sempre tendo estas premissas. Então, é necessário que os agentes estatais atuem sem excessos, e principalmente com cautela.

O constituinte de 1988 adotou a Teoria Responsabilidade Objetiva na modalidade do risco administrativo. Dessa forma, para a configuração do direito a indenização, basta a presença de três elementos: ato ou omissão, nexo causal e dano.

Dessa forma, é cediço que o Estado possui Responsabilidade Objetiva conforme descrito na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, verbis: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.” Assim, havendo nexo entre a omissão do ente público e o dano sofrido pela vítima de um excesso gerado por policiais, haverá a responsabilidade do Estado.

Posto isso, ainda que o Estado não tenha sido o causador do dano de forma direta, os atos dos agentes da administração pública são imputáveis ao órgão ou entidade que o mesmo atua e, neste sentido, ainda que não tenha sido o causador do dano, não pode usar a seu favor para defesa excludentes ou atenuantes de responsabilidade, assim como indica Spitzcovsky, 2023, p.1321.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o trabalho indicou acerca da necessidade de evocar o direito Penal para solucionar a lide. No mais, foram previamente mencionadas as causas excludentes de ilicitude quando típico for o ato praticado, sendo elas, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, presente no art. 23 do Código Penal. Com maior amplitude, o instituto da legítima defesa foi desenvolvido em texto, sendo apontadas as características deste que levará a extinção da ilicitude do fato típico praticado pela vítima de uma injusta agressão.

Ainda, teve como apontada a possibilidade de enquadrar atos praticados por policiais, provedores da segurança social nacional, quando se virem em legítima defesa. Foram expostas normas legais que regulam a atuação policial e, concomitantemente, foi feito o apontamento acerca da habilidade técnica dos mesmos para que se valham dos meios de defesa com menor potencial letal a vida humana a de fazer cessar ou repelir o ilícito atual ou iminente. Ademais, restou por compreendido a que os policiais devem fazer uso da força de maneira proporcional e necessária para cessar a agressão, apesar de também estarem condicionados as emoções e reações humanas.

Ao final, foram apontadas situações em que se enquadraria o excesso da legítima defesa, inclusive durante as atuações policiais. Posteriormente, foi falada da legítima defesa putativa que pode vir a ser uma tese defensiva durante ações policiais, oportunidade em que, os mesmos constantemente se deparam com situações de alto risco. Por fim, foi falada

da responsabilidade objetiva do Estado quando na presença de três elementos, ato ou omissão, nexa causal e dano gerado por agentes policiais, que agiu em legítima defesa putativa, logo, é isento de pena, enquanto aquele deverá indenizar.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral - arts. 1º a 120. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. 2945 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2023.

_____, Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____, Lei nº 13060, de dezembro de 2014: **Disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13060.htm. Acesso em 04 de mai. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral - arts. 1º a 120. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 1563 p.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. 1769 p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral - arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Método, 2020. 855 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 5682 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. 1649 p.

SPITZCOVSKY, Celso; LENZA, Pedro. **Coleção Esquematizado - Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

VIABILIDADE DA LAQUEADURA DURANTE O PARTO CESARIANO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

REBECA FERES OLIVEIRA DE DOMÊNICIS:
Graduanda em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis⁴⁶.

DÉBORA JAQUELINE GIMENEZ FERNANDES FORTUNATO.

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo buscou analisar o §2º do artigo 10 da Lei 9.263/96 em consonância com o §7º do artigo 226 da CF/88, com o intuito de incluir a possibilidade de realização da cirurgia de laqueadura durante o parto cesariana na rede pública de saúde, possibilitando às mulheres de baixa renda um adequado acesso ao planejamento familiar, evitando uma nova cirurgia após o parto, bem como um ciclo de gestações subsequentes, que acaba por ser mais custoso aos cofres públicos. O estudo foi realizado pelo método de raciocínio hipotético-dedutivo, utilizando o procedimento hermenêutico e o histórico, relacionando princípios constitucionais. Concluiu-se que a Lei do Planejamento Familiar deve ser revista, uma vez que diverge da Carta Magna, bem como impede que as mulheres, principalmente as menos favorecidas economicamente, exerçam livremente a autonomia sobre sua vida privada, intensificando ainda mais os problemas estruturais de cunho social.

Palavras-chave: Liberdade; Dignidade; Laqueadura; Cesariana.

ABSTRACT: The present study sought to analyze Paragraph 2 of Article 10 of Law 9.263 / 96 in line with Paragraph 7 of Article 226 of the CF / 88, with the aim of including the possibility of performing ligation surgery during cesarean delivery in the public network health care, allowing low-income women adequate access to family planning, avoiding further surgery after childbirth, as well as a cycle of subsequent pregnancies, which turns out to be more costly to public coffers. The study was carried out by the hypothetical-deductive reasoning method, using the hermeneutic and historical procedure, relating constitutional principles. It was concluded that the Family Planning Law should be revised since it diverges from the Magna Carta, as well as preventing women, especially the less favored economically, from freely exercising autonomy over their private life, further intensifying structural problems of a nature Social.

Keywords: Freedom. Dignity. Tubal ligation. Caesarean.

46 E-mail: rebecaferes@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A situação do planejamento familiar atual mostra um número crescente de mulheres grávidas, em sua maioria jovens e pobres e que, com pouca idade, já são mães de dois, três ou mais crianças e vivem em situação de extrema pobreza. Mas nem sempre esta é a vontade dessas mulheres que poderiam fazer a cirurgia de laqueadura durante o parto de seu próximo filho, evitando assim um novo procedimento cirúrgico posterior. Assim, mulheres que possuem condições financeiras de realizar a cirurgia durante o parto, conseguem adequado planejamento familiar. Entretanto, aquelas que precisam se utilizar do Sistema Único de Saúde são proibidas, e entre essas mulheres existem as maiores necessidades. Demonstrando assim mais uma lacuna, uma diferenciação decorrente das diferenças sociais existentes no Brasil.

O presente estudo buscou analisar o §2º do artigo 10 da Lei 9.263/96 em consonância com o §7º do artigo 226 da CF/88, com o intuito de incluir a possibilidade de realização da cirurgia de laqueadura durante o parto cesariano na rede pública de saúde, possibilitando às mulheres de baixa renda um adequado acesso ao planejamento familiar, evitando uma nova cirurgia após o parto, bem como um ciclo de gestações subsequentes, que acaba por ser mais custoso aos cofres públicos.

O método utilizado foi o de raciocínio hipotético-dedutivo, utilizando o procedimento hermenêutico e histórico, relacionando princípios constitucionais.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O planejamento familiar, mais do que um direito previsto no ordenamento jurídico ordinário, é princípio constitucional corolário da dignidade da pessoa humana.

Sob o aspecto do neoconstitucionalismo, os princípios transcritos em nossa Carta Magna são normas jurídicas concretamente observáveis que não só bastam para a hermenêutica constitucional, mas revelam a própria força normativa da constituição.

Nesse sentido da hermenêutica e da obrigatoriedade da norma jurídica, impossível analisar a problemática apresentada sem que seja lançada luz aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, do próprio planejamento familiar.

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Estado brasileiro tem sua organização concentrada no ser humano. Não se funda na propriedade, nas classes sociais, nas corporações, nas organizações religiosas ou no próprio Estado, se funda na pessoa humana, como um valor Jurídico Fundamental na nossa sociedade.

A dignidade tem o papel de "valor guia" na interpretação dos direitos fundamentais e na de todo o ordenamento jurídico. Vários valores decorrem da ideia de dignidade da pessoa humana, sejam eles o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem e a tantos outros.

Neste sentido, as precisas lições de Éden Nápoli, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, alçando-o ao patamar de meta-princípio informador e originador de todos os demais dele decorrentes, *in verbis*:

Trata-se de princípio que tem origens no cristianismo e é anterior a qualquer criação jurídica. A dignidade da pessoa humana se apresenta, assim, como o fundamento maior do Estado brasileiro. De todos os princípios, tem-se que este se apresenta como o "carro-chefe" dos direitos e garantias fundamentais. É o princípio meta, princípio fim de todo o ordenamento. E isso o distingue dos demais. Lembre-se que o Estado não é um fim em si mesmo. Pelo contrário, o objetivo do Estado é ajudar o homem a encontrar o seu fim. [...]. O fato de ser um princípio meta, fim do ordenamento, significa que em face de um eventual conflito de princípios, a solução deverá ser aquela que mais se aproxima da dignidade da pessoa humana. E essa solução, longe de ser prévia e abstrata, dependerá sempre da análise criteriosa de cada caso concreto. (NÁPOLI, 2016, p. 139)

No mesmo sentido e ofertando relevante grau de importância à dignidade humana, Marcelo Novelino destaca a relação de dependência existente entre o princípio meta (dignidade da pessoa humana) e os direitos fundamentais:

Existe uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida.

A dignidade é o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para uma vida digna. Nas palavras de Jürgen HABERMAS, "a dignidade humana, que é uma e a mesma em toda parte e para todos, fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias dos direitos humanos. Só em colaboração uns com os outros podem os direitos fundamentais cumprir a promessa moral de respeitar igualmente a dignidade

humana de cada pessoa”.

A intenção específica da consagração de um conjunto de direitos fundamentais é explicitar uma ideia de ser humano, manifestada juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Esta se constitui na referência valorativa de todos os direitos fundamentais, delimitando, desse modo, o âmbito de sua matéria. Os direitos fundamentais constituem um sistema estruturado em referência a esse valor que os fundamenta.

O reconhecimento de certos direitos fundamentais é uma manifestação necessária da primazia da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição. É certo, no entanto, nem todos os direitos fundamentais derivam da dignidade humana com a mesma intensidade: enquanto a vida, a liberdade e a igualdade decorrem de forma direta (derivação de 1º grau), outros são apenas derivações indiretas (derivação de 2º grau).

Uma questão interessante pode ser suscitada no que se refere à relação entre os direitos fundamentais e a dignidade: se a dignidade, de fato, é o fundamento dos direitos fundamentais, como explicar o fato de que somente após a Segunda Guerra Mundial ela começou a desempenhar um papel central nas Constituições? Por que esta noção não estava presente na clássica declaração de direitos humanos do século XVIII nem nas Constituições até metade do século XX? Por que começou a se falar de direitos humanos/fundamentais muito antes de se falar em dignidade humana? Será que apenas após o Holocausto a ideia de direitos humanos se torna, por assim dizer, retrospectivamente carregada com o conceito de dignidade?

Contrariamente à hipótese de uma carga moral retrospectiva dos direitos humanos, HABERMAS defende a tese de que esta conexão conceitual existe desde o início, ainda que apenas de forma implícita. Adotando como ponto de partida histórico a ideia de que os direitos humanos sempre foram o produto de resistência ao despotismo, à opressão e à humilhação, HABERMAS conclui que a conexão conceitual entre a dignidade humana e os direitos humanos tem evidentes traços em comum desde o início do desenvolvimento. O filósofo alemão conclui, então, no sentido de que a “dignidade humana significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as

condições em que a dignidade é violada”. (NOVELINO, 2022)

Nesse contexto, a problemática relacionada ao procedimento de esterilização deve ser interpretado à luz da dignidade humana, entendido como direito fundamental e corolário dos demais direitos a seguir analisados.

1.2 Princípio da Isonomia

Consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a fim de manter a isonomia.

Portanto nem todo tratamento desigual é inconstitucional. A lei pode estabelecer certas diferenciações (“*descrímen*”) visando atenuar as desigualdades existentes.

Existem dois tipos de Igualdade, a igualdade formal que vem da concepção clássica de que todos são iguais perante a lei e a igualdade material, também chamada de efetiva, real ou concreta, esta busca uma igualdade de fato, na vida econômica e em todos os aspectos da vida social, exige ações positivas por parte do Estado para reduzir as desigualdades sociais e regionais, neste mesmo entendimento escreve Novelino:

O dever de igualdade jurídica, ao mesmo tempo em que não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, para ter algum conteúdo não pode também permitir toda e qualquer diferenciação. Um ponto de partida que serve como meio-termo entre os dois extremos é a utilização da fórmula proposta por Aristóteles há mais de 2 mil anos: tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual. Nesse sentido, a lição de Rui BARBOSA ao afirmar que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. A fórmula aristotélica é frequentemente citada nas decisões do STF.

O imperativo de igual respeito e consideração impõe que, não sendo as pessoas iguais, o tratamento a ser dado a cada uma delas deve ser diferente (por exemplo: os cuidados com uma criança, um adulto ou um idoso devem ser distintos para que sejam tratados com o mesmo respeito e consideração). Assim, mais do que uma regra que impõe uma igualdade absoluta e em todos os planos, o princípio da

igualdade pode ser compreendido como um “regulador das diferenças”, cuja função “é muito mais auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis e aquelas que são profundamente injustas e inaceitáveis.”

Para que a igualdade jurídica não se torne uma simples exigência de fundamentação de normas que estabelecem tratamentos iguais ou desiguais, é necessário que exista uma assimetria entre os dois tipos de tratamentos, o que pode ser estabelecido por meio de um ônus argumentativo para o tratamento desigual [...]. (NOVELINO, 2022)

Neste contexto destaca-se a diferenciação entre mulheres que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS) para a realização da esterilização voluntária e mulheres que possuem recursos financeiros para tal procedimento.

Ademais, observa-se que o Direito à saúde é universal no ordenamento jurídico, portanto, a distinção em classes sociais quanto ao direito de escolha pela laqueadura no momento do parto deveria ser idêntico a qualquer que dele necessite ou queira assim se submeter.

Inviabilizar a laqueadura apenas àquelas mulheres que necessitam submeter-se ao procedimento cesariano por meio do sistema único de saúde é restrição arbitrária em contraposição ao princípio da igualdade no seu aspecto material.

1.3 Princípio da Liberdade

O princípio da Liberdade traduz a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas de acordo com a própria vontade, sem coação ou constrangimentos. Para que a pessoa seja livre é indispensável que os outros respeitem sua liberdade.

Com base nesse princípio e objetivando o respeito aos direitos da personalidade, a autonomia e intimidade de cada indivíduo, fica evidente que a decisão em relação ao procedimento de esterilização deve caber unicamente a mulher interessada. Em concordância com esse entendimento têm-se que:

[...] liberdade e autonomia andam de mãos dadas. A autonomia da vontade representa um dos princípios mais importante do sistema normativo privado. Em síntese, está ligada à faculdade do indivíduo de poder decidir conforme o seu querer, embora isto venha a ser limitado pelas regras supremas do ordenamento jurídico. Assim, com base na liberdade, a pessoa é capaz de tomar decisões a respeito da sua própria vida, determinando seu destino, inclusive sobre seu corpo, de forma livre, de acordo com suas convicções. Nesta esteira,

o médico, como profissional responsável pelo tratamento da pessoa enferma, deve exercer seus deveres nos termos do ordenamento vigente²⁴, dentre elas o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009); contudo ele deverá respeitar a vontade e, conseqüentemente, as decisões que vierem a ser tomadas pelo paciente. (GOZZO, MOINHOS, 2014)

1.4 Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável é garantido expressamente no artigo 226 da Constituição Federal, ao tratar da família, a Carta Magna, além de a considerar como base da sociedade, no §7º do artigo 226, diz ser o planejamento familiar de livre decisão do casal. A lei 9.263/96 veio regulamentar esse parágrafo da Carta Constitucional, estabelecendo em seu artigo 2º o planejamento familiar como "o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (Lei 9.263/96, art. 2º).

O princípio da paternidade responsável, abrange muito mais do que direitos e deveres em relação aos filhos, mas a capacidade dos pais, com base no planejamento familiar, entenderem os limites numéricos da prole para ofertar-lhes, dentro de suas capacidades, o cuidado necessário e indispensável para o desenvolvimento dos filhos.

Neste cenário, cada família com suas vicissitudes e desafios, condições sociais, financeiras, econômicas deve ter a liberdade de limitar a sua prole de acordo com o seu entendimento, evitando superioridade numérica de descendentes que dependam de pais incapazes de ofertar uma paternidade responsáveis a elevado número de filhos.

2 PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Planejamento Familiar foi consagrado tanto em sede legal, quanto constitucional, senão vejamos:

"O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas" (CC, art. 1565, §2º).

"Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma

coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (CF, art. 226, §7º).

O referido princípio encontra-se regulamentado na Lei nº 9.263/1996, que assegura a todo cidadão, não só ao casal, o planejamento familiar de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Dessa forma, resta-nos concluir que o livre planejamento familiar, tratando-se de um direito fundamental, não pode ser restringido, devendo ter seus inúmeros obstáculos efetivamente enfrentados e vencidos.

Como direito fundamental que é, ao livre planejamento familiar é conferido uma eficácia reforçada em sua aplicabilidade, dado que os direitos fundamentais, considerados em seu sentido amplo, ainda que não tenham sua intangibilidade expressamente assegurada, afiguram-se como pontos indissociáveis da própria condição de subsistência da Lei Maior.

3 LAQUEADURA TUBÁRIA

Também chamada de ligadura das trompas, consiste num procedimento cirúrgico que tem por objetivo realizar a interrupção da passagem de ambas as trompas de Falópio, que fazem parte do sistema reprodutivo feminino, impossibilitando que o espermatozoide chegue ao encontro do óvulo.

"A laqueadura é um dos tipos mais efetivos de controle de natalidade. É permanente e mais de 99% efetivo na prevenção da gravidez" (OPAS, 2019), podendo ser considerada o método contraceptivo mais eficaz.

4 CONDIÇÕES PARA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

A lei 9.263/96, conhecida como Lei do Planejamento Familiar, tem por finalidade regulamentar o §7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, conceituando planejamento familiar e o reconhecendo como um direito de todo cidadão. Grande parte do seu conteúdo foi dispensado à regulamentação da esterilização voluntária, determinando requisitos para sua realização e estabelecendo penalidades ao agente que praticar o procedimento em desacordo com a referida lei.

O artigo 10 da lei de planejamento familiar define estes requisitos, limitando o exercício do livre planejamento familiar.

Art. 10, lei 9.263/96. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso

Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

No parágrafo segundo do referido artigo há a vedação da realização da laqueadura durante os períodos de parto ou aborto, tendo como argumento de que a mulher não seria capaz de expressar sua vontade plenamente, como vemos *in verbis*:

Art. 10, lei 9.263/96. §2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

Porém em análise dos princípios relacionados anteriormente e tendo como principal objetivo o respeito aos direitos da personalidade, a autonomia e intimidade de cada indivíduo, fica evidente que a decisão em relação ao procedimento de esterilização deve caber unicamente a mulher interessada. Neste mesmo sentido entende-se que:

[...] as limitações deixam de corresponder às expectativas, pois a medida que as informações são mais facilmente acessadas, a mulher, sujeito de direito e plenamente capaz, passa a ter certeza do seu lugar na sociedade e de como pretende constituir sua família, decidindo sobre quando, quantos ou se terá filhos. Assim, hoje, a manifestação de vontade da mulher que quer se submeter a laqueadura torna-se o único requisito cabível ao caso. (SOUZA, 2019)

5 PERPETUAÇÃO DA MISÉRIA

O tema sobre a realização de laqueadura tubária realizada durante o parto pelo SUS já foi muito discutido, sendo tema de vários artigos.

O promotor de Justiça Eduardo Martins Boiati escreveu sua opinião para o Jornal Carta Forense, onde salientou a inconstitucionalidade da proibição da laqueadura tubária durante o parto. Relata que durante seus anos atuando na Promotoria de Justiça tem atendido um número cada vez maior de mulheres grávidas, a maioria com um ou mais filhos vivos que buscam a realização da cirurgia de laqueadura durante o parto, diz ainda que em sua maioria são mulheres jovens e pobres que não possuem condições de sustentar nem os filhos que já possui, e que o fato das gestações acontecerem com pouca diferença de tempo, impedem que a mãe volte ao mercado de trabalho, o que agrava a situação de miséria.

Essas mulheres quando maiores de 25 anos, ou com pelo menos dois filhos vivos, procuram pela Promotoria de Justiça, com uma decisão amadurecida de que apenas realizar a laqueadura tubária lhes interessam por vários motivos pessoais. Quando são casadas ou possuem companheiros, estas costumam ser acompanhadas e apoiadas por eles a realizar o procedimento.

Porém, a questão é que essas mulheres buscam evitar a submissão de um novo procedimento cirúrgico, uma vez que consideram que estariam expostas a mais riscos, e buscam pela realização da laqueadura tubária durante o parto.

Um ponto importante observado por Boiati é que mulheres com condições financeiras mais favoráveis tem melhor acesso à informação, aos métodos contraceptivos e até mesmo às laqueaduras tubárias realizadas durante partos que, apesar de vedadas pela lei 9.263/96, são acessíveis às parturientes que não dependam do serviço público de saúde para a realização do parto.

Assim, ressalta que os casais com melhores condições conseguem adequado planejamento familiar, enquanto os menos afortunados estão sujeitos a ter prole numerosa, contra suas vontades e condições financeiras, assim perpetuando a miséria.

6 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO §2º DA LEI 9.263/96 (LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR)

Fazendo uma análise do texto constitucional, conclui-se que o artigo 10, §2º da lei 9.263 que proíbe a realização da laqueadura tubária durante o parto é inconstitucional. Dizendo o artigo 226, §7º, da Constituição Federal que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (CF, art. 226, §7º)

Tal dispositivo constitucional foi regulado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. O artigo 1º, da referida lei dispõe que: "o planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta lei" (Lei 9.263/96, art. 1º) e o artigo 2º reza que "para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal." (Lei 9.263/96, art. 2º)

Salienta-se ainda que o planejamento familiar se orienta pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para contracepção (Lei 9.263/96, art.4º) e é dever do Estado, por meio do SUS, promover meios necessários que garantam o livre exercício do planejamento familiar (Lei 9.263/96, art.5º).

O art. 10, da Lei 9.263/96, permite a esterilização voluntária nas condições que foram elencadas em capítulo anterior.

Porém, o artigo 10, § 2º veda a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto em casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

Tal dispositivo legal está em total dissintonia com art. 226, §7º, da Constituição Federal, uma vez que o art. 226, §7º estabelece que o planejamento familiar é livre decisão do casal e que compete ao Estado promover recursos para o exercício desse direito, que inclusive é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O §7º, do art.226 da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia plena, não dependendo de qualquer outra norma infraconstitucional para que seja aplicada, também não há previsão de que possa ser restringida por outra normal infraconstitucional.

Segundo o doutrinador José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia plena são:

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente,

quis regular (SILVA, 2012)

Portanto, quaisquer das restrições que foram impostas pela lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, em especial o §2º, do artigo 10, que veda a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, é inconstitucional, uma vez que restringe uma normal constitucional de eficácia plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o §2º do artigo 10 da Lei 9.263/96, traga em seu texto expressamente a vedação da esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto, a não ser nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores, esta vedação é aplicada somente em casos de mulheres em condições de vulnerabilidade, que necessitam da saúde pública, restringindo somente o exercício da liberdade de escolha do direito reprodutivo das mulheres de baixa renda o que acaba por ferir o princípio da liberdade e também o princípio da dignidade da pessoa humana, princípios estes basilares da Constituição Federal de 1988.

O atual regramento tem por finalidade efetivar o acesso à laqueadura em condições seguras, contudo não está sendo corretamente aplicada, principalmente para a grande parcela de mulheres que se utilizam do SUS e não possuem interesse em ter mais filhos, não sendo esse propósito obtido, portanto a vedação a esterilização voluntária cirúrgica em mulher durante o parto disposto na Lei de Planejamento Familiar é inconstitucional pois confronta o disposto no artigo 226 da Constituição Federal, afrontando ainda o direito à liberdade e disponibilidade física do corpo e dignidade da pessoa humana.

Concluindo-se que a Lei do Planejamento Familiar deve ser revista nestes artigos uma vez que diverge da Carta Magna, bem como impede que as mulheres, principalmente as menos favorecidas economicamente, exerçam livremente a autonomia sobre sua vida privada, intensificando ainda mais os problemas estruturais de cunho social.

Além disso, tal inconstitucionalidade sobre a realização de laqueadura tubária durante o parto, enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, pode ser declarada, por via de controle difuso ou aberto de constitucionalidade pelo Poder Judiciário em cada caso concreto. E essa declaração, terá efeitos, em regra, *inter partes* e serão *ex tunc*, podendo ser aplicável às partes no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-viola-liberdade>. Acesso em: 11 mai. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. **A Disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>. Acesso em: 07 de mai. de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP).

NÁPOLI, Edem. **Direito constitucional: para concursos públicos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 685 p. (Coleção Concursos Públicos).

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. 1001 p.

OPAS. **Laqueadura: o que é, Como Funciona, Vantagens e Desvantagens**. Disponível em: <https://opas.org.br/laqueadura-o-que-e-como-funciona-vantagens-e-desvantagens/#:~:text=A%20laqueadura%20%C3%A9%20um%20dos%20tipos%20mais%20efetivos,que%20est%C3%A3o%20esterilizadas%20ficar%C3%A1%20gr%C3%A1vida%20a%20cada%20ano>. Acesso em: 11 mai. 2023.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Poliana Cardoso do Nascimento; LIMA, Marcus Vinicius do Nascimento. **A inconstitucionalidade do artigo 10, inciso I da lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 (Lei do Planejamento Familiar)**. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-inconstitucionalidade-do-artigo-10-inciso-i-da-lei-9-263-de-12-de-janeiro-de-1996-lei-do-planejamento-familiar/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

SOUZA, Carola Maciel. **Lei do Planejamento Familiar e o Direito da Mulher Dispor do Próprio Corpo: Análise Aos Requisitos Para a Esterilização Voluntária**. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/lei-do-planejamento-familiar-e-o-direito-da-mulher-dispor-do-proprio-corpo-analise-aos-requisitos-para-a-esterilizacao-voluntaria/>. Acesso em: 09 mai. 2023.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

MARCOS BRUNO OLIVEIRA DA SILVA:
Graduação em Direito pela Faculdade de
Rondônia-FARO⁴⁷

RESUMO: O presente trabalho trás luz uma abordagem sobre os contratos administrativos, sua diferenciação com os contratos privados firmados pela administração pública e a possibilidade da existência de cláusulas privilegiadas ou exorbitantes em tais avenças. O artigo apresentado traz como principal objetivo uma análise de como a existência dessas chamadas cláusulas exorbitantes são importantes para a continuidade do serviço público e a defesa do interesse público. Dá-se início ao presente artigo a partir dos diversos conceitos apresentados pela doutrina para o que vem a ser contrato administrativo e sua diferenciação com contratos privados firmados pela administração, passando por suas características, destacando que tais cláusulas tem fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado, o que a distingue dos contratos civis, concluindo com a indicação das principais cláusulas exorbitantes citadas pela lei e as consequências do descumprimento do contrato pelo contratado particular.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo, cláusulas exorbitantes, interesse público.

ABSTRACT: The present work brings to light an approach on administrative contracts, their differentiation with private contracts signed by the public administration and the possibility of the existence of privileged or exorbitant clauses in such agreements. The article presented has as its main objective an analysis of how the existence of these so-called exorbitant clauses are important for the continuity of the public service and the defense of the public interest. This article begins from the various concepts presented by the doctrine for what constitutes an administrative contract and its differentiation from private contracts signed by the administration, passing through its characteristics, highlighting that such clauses are based on the supremacy of the public interest over the private, which distinguishes it from civil contracts, concluding with the indication of the main exorbitant clauses cited by the law and the consequences of non-compliance with the contract by the private contractor.

KEYWORDS: Administrative contract, exorbitant clauses, public interest.

INTRODUÇÃO

47 E-mail: Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia-FARO

O Poder Público, no exercício de sua função administrativa, tem por rotina o estabelecimento de relações jurídicas diversas com os particulares, além de criar diversos vínculos de colaboração intergovernamental. Todas as vezes que esses vínculos forem estabelecidos com natureza contratual e submetidas às normas e aos princípios do Direito Administrativo, estamos diante do que denominamos contratos administrativos.

A essência básica dos contratos é o acordo de vontades com um objetivo certo e determinado, a qual as pessoas que dele participam assumam obrigações, previamente ajustadas, que devem ser cumpridas. Com o Estado não é diferente. Sendo ele pessoa jurídica, logo, apta a adquirir direitos e contrair obrigações, tem o necessário para figurar como parte em contratos.

O contrato administrativo tem relação íntima com o Estado democrático, pois, em um Estado autoritário, os serviços e os bens podem ser apropriados ou requisitados de forma compulsória pelos governantes sem maiores formalidades, colocando em risco a própria administração pública na prestação do serviço, pois dá margem a condutas ilegais, a exemplo do desvio do patrimônio público.

Os contratos administrativos, diferentemente dos contratos estabelecidos entre particulares, são providos de características bem específicas. Inclusive, tendo como fundamento principal o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, pode a administração pública fazer utilização das chamadas cláusulas exorbitantes em seus contratos, o que a coloca em diversos momentos em condições de superioridade em relação àqueles com quem firma contrato.

1. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Para Celso Antônio Bandeira de Mello: “contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesses patrimoniais do contrato privado”.⁴⁸

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, define contrato administrativo como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particulares ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.⁴⁹

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 615.

49 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 205-206.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que o contrato administrativo são “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.⁵⁰

Já José dos Santos Carvalho Filho, sustenta tratar-se de “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.⁵¹

A variedade dos contratos administrativos e as diversas características existentes em cada espécie trazem consigo certa dificuldade na elaboração de um conceito certo do instituto. De forma sintetizada, baseando-se nos conceitos trazidos alhures pelos diversos doutrinadores administrativistas, o professor Alexandre Mazza, em seu livro Manual de Direito Administrativo⁵², destaca elementos comuns, úteis para a apresentação de um outro conceito.

a) é o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, isto porque a presença desta em pelo menos um dos pólos da relação jurídica é indispensável para a caracterização do contrato administrativo;

b) agindo nessa qualidade, uma vez que o contrato administrativo, regra geral, pressupõe a participação da Administração Pública revestida da sua condição de superioridade sobre o particular. Há de se registrar que muitas das vezes os contratos são firmados pela Administração Pública sem que faça uso dessa prerrogativa e, sendo assim, tal ajuste não terá natureza de contrato administrativo, a exemplo do contrato de locação.

c) e terceiros: em sua maioria os contratos são celebrados entre o ente público e pessoas privadas que não fazem parte da estrutura estatal, e isso pode ser observado nas concessões de serviço público, termos de parceria, contratos de prestação de serviços etc.;

d) ou com outra entidade administrativa: há raros casos em que os contratos são firmados exclusivamente entre entes governamentais, cujo objetivo é a persecução de objetivos comuns e a cooperação mútua, tais como, os consórcios administrativos estabelecidos entre entidades federativas;

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 556.

51 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 169.

52 MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

e) submetidos ao regime jurídico-administrativo: o critério fundamental para classificar o ajuste de vontades como contrato administrativo é a sua submissão às normas e princípios do Direito Administrativo. Oportuno trazer à baila que até pouco tempo bastava a exclusiva participação de um ente da administração pública em ao menos um dos pólos da relação jurídica, para que um contrato seja classificado como contrato administrativo. Todavia, analisando mais profundamente a temática observa-se que muitas das vezes, embora a administração faça parte de um dos pólos da relação jurídica, não é possível classificar o contrato como contrato administrativo, a exemplo do contrato de locação, uma vez que não há superioridade da administração sobre o particular. Na atualidade, o critério mais apropriado para identificar o contrato administrativo é o critério formal, que define como administrativos os contratos que se sujeitam aos princípios e normas do Direito Administrativo.

f) para a consecução de objetivos de interesse público: diferente do ocorrido nos contratos privados, cuja celebração visa o interesse predominante de particulares que o ajustam, os contratos administrativos visam a proteção do interesse de toda a coletividade, ou seja, o interesse público primário.

Por todo o exposto acima, o referido professor conceitua contrato administrativo como "o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público"⁵³.

2. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Até aqui já foi apresentado o conceito de contratos administrativos, que é o ajuste realizado entre a Administração Pública, a qual integra pelo menos um dos polos da relação jurídica, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, que se submetem ao regime jurídico administrativo para a realização de condutas de interesse público. Observa-se nos contratos administrativos elevado grau de superioridade da Administrativa Pública frente ao contratado privado, o que não ocorre nos contratos privados da administração.

Para desempenhar muitas de suas atividades, que lhe são impostas por lei, faz-se necessário que a administração pública celebre contratos que são regidos predominantemente pelo direito privado. Tais contratos são regulados, em regra pelo direito civil ou empresarial.

Em tais contratos, a administração pública assume, em princípio, uma posição de igualdade jurídica com o particular contratado. Aqui, não há o que se falar em garantia à

⁵³ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 989.

verticalidade ou supremacia da administração pública sobre o contratado privado, isto porque, a lei não lhe conferiu tal prerrogativa de poder público. Todavia, permanecem as restrições próprias do regime jurídico-administrativo, isto porque, mesmo nos contratos privados, deve a administração buscar o interesse da coletividade, respeitando os demais princípios da administração pública, tal como, a indisponibilidade do interesse público.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrinho definem contrato de direito privado da administração pública como “o ajuste firmado entre a administração pública e particulares, no qual a administração não figura na qualidade de poder público, sendo tal ajuste, por essa razão, regido predominantemente pelo direito privado”.⁵⁴

Em que pese a afirmação de que nos contratos privados firmados pela administração pública, esta fica em pé de igualdade com o particular, há de se registrar que essa “igualdade” apenas ocorre “em princípio”. Isso porque, a Lei 8.666/1993, em seu art. 62, §3º, I, embora reconheça a existência de contratos firmados pela administração cujo conteúdo seja regido, de forma predominante, pelo direito privado, estende a esses contratos, no que couber, as prerrogativas existentes nos contratos administrativos. Vejamos:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Dessa forma, na teoria, a Lei 8.666/93 atenuou a distinção existente entre o “contrato administrativo” e o “contrato de direito privado da administração pública”. Todavia, ao mesmo tempo ela trouxe um certo grau de insegurança e incerteza, ao aduzir que as principais características dos contratos administrativos, previstos no art. 58 da referida lei de licitação seriam estidadas, no que couber, aos contratos de direito privado por ela firmados.

3. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo. Regumo de direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrinho, Vicente Paulo. – 10. Edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2017, p. 276.

A doutrina administrativista apresenta diversas características dos contratos administrativos que os diferenciam dos contratos privados. Dentre diversas características apresentadas, as mais importantes são as seguintes.

a) Submissão ao direito administrativo, devendo obediência aos princípios e normas de Direito Público.

b) Presença da administração em pelo menos um dos polos, todavia, tal condição embora necessária, não é o suficiente para caracterizar um contrato administrativo, conforme pontuado alhures.

c) desigualdade entre as partes, isto porque o interesse público defendido pela administração pública é superior ao interesse particular, o que coloca o ente público em uma certa posição grau de superioridade, revelada pela existência de cláusulas exorbitantes.

d) mutabilidade, o que autoriza a administração a modificar unilateralmente as cláusulas do contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público, sempre respeitando-se o direito dos contratados.

e) existência de cláusulas exorbitantes, o que confere poderes especiais à Administração dentro do contrato, colocando-a em uma posição de superioridade. Dentre as cláusulas exorbitantes, importante destacar: 1) possibilidade de revogação unilateral do contrato por razões de interesse público; 2) aplicação de sanções contratuais; 3) alteração unilateral do objeto do contrato.

f) formalismo, nas podendo as partes pactuarem de forma livre, devendo respeitar os requisitos exigidos pela lei, como os estabelecidos no art. 60 a 62 da Lei 8.666/93.

g) bilateralidade, ao prever obrigações para ambos os polos da relação.

h) cumulatividade, revelada por uma certa equivalência entre as obrigações das partes contratantes.

i) personalíssimo, exigindo entre as partes confiança recíproca. É *intuitu personae*, isso porque o preenchimento de determinadas características objetivas e subjetivas foram essenciais para determinar a escolha do contrato.

4. AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

As denominadas cláusulas exorbitantes são caracterizadoras dos contratos administrativos, diferenciando dos contratos firmados com os ajustes de direito privado. Recebem esse nome justamente porque extrapolam, exorbitam as cláusulas comuns

existentes no direito privado e não seriam neste aceitas. As cláusulas exorbitantes podem ser implícitas ou explícitas, configurando verdadeira prerrogativa de direito público exercida pela administração frente ao particular contratado.

O art. 58 da Lei 8.666/93 enumera as principais cláusulas exorbitantes, a seguir reproduzidas:

O conceito das cláusulas exorbitantes surge a partir da constatação de que elas conferem ao Poder Público, ante a necessidade de prestação do serviço público, posição de supremacia sobre o particular contratado, sendo um desdobramento do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que “cláusulas de privilégio, também denominadas cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada”⁵⁵.

Ainda, o referido autor afirma que tais cláusulas são verdadeiros princípios de direito público. Vejamos:

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto) (CARVALHO FILHO, 2019, p. 318).

Tendo sido consagradas legislativamente as “prerrogativas” administrativas, de modo que a própria Lei permite que a Administração Pública delas faça uso também ao celebrar contratos inicialmente regidos pelo direito privado, registre-se que, conforme já pontuado alhures, essas prerrogativas não tem o condão de alterar a natureza jurídica desses contratos celebrados pela administração, pois tais cláusulas exorbitantes estão previstas em vários contratos privados típicos (que são habituais, inclusive) e, da mesma forma que nas relações privadas, todavia, as chamadas “cláusulas exorbitantes” somente se aplicam em tais contratos se houver previsão expressa.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33 ed. São Paulo. Atlas. 2019, p. 318.

A Lei 8.666/93, em seu art. 58, relaciona as seguintes prerrogativas: a) alteração unilateral do contrato; b) rescisão unilateral; c) fiscalização da execução do contrato; d) aplicação de sanções; e) ocupação provisória de bens móveis e imóveis em dadas situações.

5 CONCLUSÃO

Pelo todo o exposto no presente artigo científico, embora não tenha se pretendido esgotar todo o tema, especialmente pela sua magnitude, com inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais, buscou-se trazer à baila os principais pontos sobre os contratos administrativos, em especial sobre suas cláusulas exorbitantes, bem como sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscou-se trazer o entendimento de que a aplicação de tais cláusulas dá-se em virtude da supremacia do interesse público sobre o privado, tratando-se tais cláusulas de um verdadeiro poder-dever da administração, que faz uso delas para defender o interesse de toda a coletividade.

Percebeu-se que a alteração unilateral do contrato é privilégio trazido pela própria lei 8.666/93 à Administração Pública, devendo sempre em tais alterações a observação do princípio do interesse público, com a devida fundamentação, ficando assegurando ao contratado particular o direito ao devido processo legal, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Mesmo ocorrendo tais alterações unilateralmente, ficou evidente que deve ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro durante a execução do contrato, direito este garantido ao contratado. Ainda, é dever do contratado aceitar as alterações realizadas pela Administração Pública, sob o risco de restar caracterizada o descumprimento contratual. Todavia, caso fique demonstrado pelo contratado particular que tais alterações causaram um desequilíbrio econômico-financeiro, impõe-se à Administração o dever de recompor tais custos.

A justificativa para o dever de a administração recompor os custos da alteração contratual é evitar que estas ocasionem lesão ou prejuízo ao contratado, sob o risco de restar caracterizado o enriquecimento ilícito.

Observou-se da leitura do presente artigo que o não cumprimento das cláusulas pelo contratado privado pode ocasionar diversas sanções, a saber, a) Advertência; b) Multa; c) Suspensão de contratar com o poder público e participar de procedimentos licitatórios e; d) Declaração de inidoneidade, aplicadas de acordo com a gravidade da infração praticada.

Levando em consideração todo o exposto, conclui-se que os contratos administrativos possuem cláusulas, denominadas cláusulas exorbitantes, que coloca a

administração pública em certo grau de privilégio em relação ao contratado privado. A possibilidade de tais cláusulas ocorre em virtude da supremacia do interesse público sobre o privado, considerando que o poder público defende o interesse da coletividade, devendo buscar tal defesa em todo o momento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Resumo de direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 10. Edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2017.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 2 ed. Salvador/BA. Juspodivm. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33 ed. São Paulo. Atlas. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/79e785d63f00348ff360d5a86528580b>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENTI, Angélica Brandt. Cláusulas exorbitantes: Plausibilidade de aplicação em prol do interesse público. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/clausulas-exorbitantes-plausibilidade-de-aplicacao-em-prol-do-interesse-publico/>.

http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm.

OS AVANÇOS ADVINDOS COM O MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAR A “COISA PÚBLICA”

MARIO JOSÉ GOMES DE MELO SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas- UFAL. Oficial de Justiça Avaliador-TJPA. Pós-graduado em Direito Processual Penal e Gestão Pública e Legislação Urbana. ⁵⁶

RESUMO: Este artigo científico de revisão objetiva compreender a evolução por que passa e/ou passou a Administração Pública com o incentivo trazido através do modelo gerencial de administrar os bens e serviços públicos, o qual é grande serventia a administradores e administrados quanto à implementação de padrões médios de efetivação de uma Gestão Pública Empreendedora, com foco no cliente. A mudança de paradigmas advindos com a administração burocrática, aperfeiçoada com um modelo gerencial/pós-burocrático no trato com a “coisa” pública, trouxe consigo uma plêiade de desenvolvimentos administrativos, os quais têm sido alvo de verdadeiras reformas na forma de se gerir, assim como de se tratar o principal alvo de qualquer Administração, qual seja, o cliente/cidadão. De certo, as mudanças têm acontecido paulatinamente, uma vez que, além de revitalizar a cultura das organizações, trazendo em seu bojo séculos de engessamento e burocratização das repartições públicas, a própria crença numa Gestão Pública equânime, célere e capacitada, não acontecerá de imediato, como viam os teóricos entusiastas, sendo objetivo de este trabalho trazer subsídios concretos de discussão e conclusão acerca do tema junto à sociedade civil, bem como à comunidade acadêmica.

Palavras-chave: Reforma. Burocrático. Gerencial. Empreendedor. Eficiência. Efetividade. Transparência. Democratizar.

Introdução

Objetivando trazer a discussão acerca do tema “Os avanços advindos com o Modelo Gerencial de Administrar a “coisa” pública”, elaborou-se este artigo científico de revisão.

Desse modo, o trabalho em tela foi elaborado do seguinte modo: inicialmente, traçou-se uma visão geral do que se trata Gestão Pública, mencionando-se a tríade modelo patrimonialista, burocrático e gerencial de Administração, inserindo-as no contexto das organizações públicas, visto que nestas a burocratização abarcou um sem números de adeptos, ou noutras palavras, traz em seu bojo um engessamento sem precedentes nos órgãos públicos, de tal monta que quando se pensava em buscar quaisquer soluções nos

⁵⁶ E-mail: mariojgomesmelo@gmail.com.

departamentos do Estado, tão logo se pensava em longas filas, péssimo atendimento, excesso de prazos e demora, ou até mesmo, não garantia de cumprimento do objetivo de que se buscava precipuamente.

Destarte, após se traçar as linhas mestras das supracitadas visões de Administração Pública trazem-se à baila as características e principais avanços dos Modelos Burocráticos, enfatizando os aperfeiçoamentos advindos com este último.

Sendo assim, o pensamento de reforma administrativa, não foi incumbência do acaso, mas sim fruto de longas reivindicações de teóricos e administrativistas que desempenham suas funções em loco, absorvendo as reclamações e crença por parte da população diretamente interessada de que se pudessem ter organizações públicas verdadeiramente eficazes no seu objetivo maior: garantia do bem-estar do interesse público.

Para tanto, ao final haverá discussão e posicionamento quanto à possibilidade de implantação do Modelo Gerencial, ou continuação dos Padrões Burocráticos, bem assim se aconteceu um verdadeiro misto das fontes literárias que versam sobre ambas as linhas teóricas.

Desenvolvimento

Segundo Santos (2006), a evolução da gestão pública acompanha as transformações do papel do Estado e as mudanças de objetivos dos governos. A discussão acerca do papel do Estado e dos instrumentos adotados para a sua organização institucional, além da estruturação de quadros de pessoal, esteve sempre presente em todos os processos de reforma administrativa.

A administração pública, segundo Wilson (1887 *apud* SANTOS, 2006), é a execução minuciosa e sistemática do Direito Público. Em sentido institucional, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do governo; em sentido funcional, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em sentido operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da comunidade.

Conforme Meirelles (1985), há de se distinguir, ainda, na gestão pública, os atos de império, os de gestão e os de expediente. Os primeiros são todos aqueles que contêm uma ordem ou uma decisão coativa da Administração para o administrado; os segundos são todos aqueles que ordenam a conduta interna da Administração e de seus servidores, ou cria direitos e obrigações entre ela e os administrados, tais como os despachos que determinam a execução de sérvios públicos, os atos de provimento de cargo e

movimentação de funcionários, as autorizações e permissões, os contratos em geral; ato de expediente é todo aquele de preparo e movimentação de processos, recebimento e expedição de papéis, e de despachos rotineiros, sem decisão do mérito administrativo. Para a prática desses atos, principalmente de império e de gestão, o agente deve ter investidura e competência legais.

Ainda, de acordo com a sapiência do autor supra, a natureza da gestão pública é a de um ônus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade.

Os fins da gestão pública resumem-se em um único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do gestor público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o gestor se afasta ou se desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a gestão senão como meio de atingir o bem-estar social.

No dizer de Santos (2006,), o governo, ao estabelecer, dentro de seus mecanismos de gestão, os principais objetivos e metas, garante a sua execução de uma forma planejada, voltada para sua forma de atuação e de intervenção.

Para qualquer um dos objetivos, o governo pode intervir direta e/ou indiretamente e, com isso, alterar seus mecanismos de financiamento. De um lado a interferência direta corresponde ao processo de intervenção na produção de bens públicos, serviços sociais e de infraestrutura, como: construção de estradas, iluminação pública, compra de remédios ou merendas escolares, fiscalização, compra de materiais e equipamentos, gastos com pessoal etc. De outro, a intervenção direta do governo, nas empresas estatais, refere-se ao corte ou à ampliação de investimentos nas empresas de petróleo, comunicação, energia; ao aumento ou à diminuição de gastos operacionais, ou, ainda, à privatização ou à estatização.

Seguindo o pensamento do autor supracitado, impõe-se ao gestor público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Na administração particular, o administrador recebe do proprietário as ordens e instruções de como administrar as coisas que lhe são confiadas; na administração pública, essas ordens e instruções estão concretizadas nas leis, regulamentos e atos especiais, dentro da moral da instituição.

Para o doutrinador, daí o dever indeclinável do gestor público de agir segundo os preceitos do direito e da moral administrativa, porque tais aspectos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos – o povo- e condicionam os atos a serem praticados no desempenho de obrigação pública que lhe é confiado: enquanto na

administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Antes de adentrarmos profundamente no modelo gerencial de administração pública, faz-se preciso analisar a evolução por que passou o Estado, apesar destes períodos, não necessariamente, precisarem encerrar e dar início ao outro, complementando-se.

Segundo o entendimento de Santos (2006), nos últimos 15 anos, o amadurecimento do processo de globalização associou-se à hegemonia conquistada, em alguns países centrais, pelos princípios neoliberais. Portanto, a noção de que a intervenção estatal deveria ser reduzida, em prol do desenvolvimento da economia de mercado, resultou na imposição, independentemente de seus custos sociais, de políticas de ajustamento ou de reformas estruturais voltadas a reduzir o *déficit* público e abrir caminho para a participação do setor privado em várias áreas, tradicionalmente, reservadas ao governo.

Nesse processo de redefinição do papel do Estado na economia brasileira, o governo Fernando Henrique Cardoso, no início de seu primeiro mandato (1995-1998), abriu caminho para a participação do capital privado na infraestrutura do País, o que se tornou uma peça relevante na reforma do Estado na década de 1990.

Sendo assim, no dizer de Rezende (1998 *apud* SANTOS, 2006), a reforma administrativa do Estado passa, necessariamente, pela reconstrução dos incentivos internos de funcionamento das organizações públicas, entendidos como contratos, normas e procedimentos.

Desse modo, conforme Castells (1998 *apud* SANTOS, 2006), a referida reforma também aponta para a necessidade de democratizar o Estado, com a adoção de gerência estratégica, cooperativa, democrática, participativa e solidária.

Ainda no dizer de Motta (2009), filiando-se ao entendimento weberiano, a burocracia é uma solução organizacional que tenta evitar a arbitrariedade, o confronto entre indivíduos e grupos e os abusos de poder. Seu objetivo é o de organizar a atividade humana de modo estável para a consecução de fins organizacionais explícitos. A atuação de regras e a rotinização do trabalho humano fornecem segurança, pois estabelecem etapas e procedimentos a serem seguidos, tentando minimizar incertezas e riscos.

Nesse sentido, como afirma Chiavenato (2003), na sociedade tradicional predominava características conservacionistas, patriarcais e patrimonialistas. A autoridade que a preside é dita tradicional, na qual a obediência é justificada pela tradição, pelo hábito ou pelo costume.

As sociedades burocráticas são caracterizadas por predominar normas impessoais racionalmente definidas, sendo o tipo de autoridade justificado pela técnica, pela justiça, na lei e pela meritocracia.

Por outro lado, na linha mestra de Chiavenato (2003), a burocracia, segundo Weber, traz consigo diversas vantagens. Primeiramente, devido à sua racionalidade, o que significa dizer que procura os meios mais eficientes para atingir as metas da organização. A rapidez nas decisões, obtida pela tramitação de ordens e papéis, e pela uniformidade de rotinas e regulamentos que colaboram para a redução de erros e custos.

A facilidade de substituição daquele que é afastado e os critérios de seleção apenas por competência técnica garantem a continuidade do sistema burocrático, e este último evita o nepotismo. O trabalho é profissionalizado, assim os funcionários são treinados e especializados pelo seu mérito, trazendo benefícios para as organizações.

Para Araújo (2004), na construção weberiana, a burocracia era a forma ideal de se fazer a transição da administração de empresas de pequeno porte, administradas sem utilização de técnicas de natureza científica e com base na experiência pessoal dos donos do negócio, para organizações de grande porte daquela época.

O mérito seria o caminho mais curto para a burocracia ideal, conduziria à desejada racionalidade administrativa por ser aplicado por profissionais desvinculados de laços de amizade ou parentesco.

Nesta mesma linha, contrariamente aos pontos positivos apontados por Chiavenato, em sua obra (2003), este traz à baila o entendimento divergente ao weberiano, partindo para uma análise crítica da realidade descrita. Não existe uma organização completamente racional, até porque, o tipo ideal de burocracia tendia a ser modificado pelos homens. A burocracia leva também a consequências imprevistas que conduzem a ineficiências e a imperfeições, e estas por sua vez, são enfatizadas e exageradas pelos leigos.

A esse fenômeno, denomina disfunções da burocracia como internalização das regras e apego aos regulamentos, excesso de formalismo e de papelório, resistência às mudanças e dificuldade no atendimento a clientes e conflitos com o público.

Sendo assim, a necessidade de uma administração pública gerencial, portanto, decorre de problemas não só de crescimento e da decorrente diferenciação de estruturas e complexidade crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania.

Dentro desta visão gerencial de administrar as pessoas são postas numa posição de destaque dentro da organização, deixando de serem meras engrenagens do Sistema. Assim Ouchi (1980 *apud* MOTTA, 2009), mostrou que, dependendo de seus perfis e de seus

objetivos pessoais, as pessoas podem decidir investir mais em outros setores da atividade humana, e não no trabalho.

No entanto, a diminuição dos controles burocráticos, a definição de um plano de carreira e de valores organizacionais fortes, bem como a pressão da equipe de trabalho pode levar esses indivíduos reticentes a dedicar-se mais à organização pela internalização de mecanismos de controle, como mostra o modelo toyotista de gestão participativa. Dessa forma, os empregados se dedicariam mais ao trabalho não por buscarem necessariamente a satisfação e a realização nele, mas por serem induzidos a tanto.

Além disso, Motta (2009) ratifica, mencionando que a mudança organizacional é percebida como uma resposta a um meio ambiente negociado e estruturado pelas organizações do setor, que influenciam ativamente o rumo dos acontecimentos. Os indivíduos são percebidos como atores, participando e influenciando essa mudança nos seus diversos níveis de atuação.

A organização é um espaço de jogo estratégico entre os atores sociais, que possuem margens de atuação maiores ou menores dentro dessa arena política. A mudança, implantando soluções contingentes e temporárias, prevê a realização de objetivos de longo prazo, como os da qualificação crescente da mão de obra, do desenvolvimento de habilidades e competências e da democratização das relações no trabalho.

Dessa forma, ganha destaque o conceito de Governo Empreendedor, no qual esclarece Chiavenato (2007), que os empreendedores são os criadores de negócios, isto é, pessoas que quebram barreiras para criar algo inteiramente novo e excitante, por serem dotadas de criatividade, engenhosidade, perseverança e firme determinação. Elas quebram regras, assumem riscos e botam a imaginação para jambrar.

Na lição de Araújo (2004), os futuros empreendedores, empresários e executivos devem entender que a abordagem clássica trouxe benefícios porque o que existia anteriormente era despreocupação com a organização e mesmo com a venda de produtos. Não havia imperiosa necessidade de dar caráter técnico, científico ao trabalho.

É importante que empresários empreendedores e executivos entendam que a simples aplicação de procedimentos clássicos não traz os benefícios que uma gestão moderna trará.

Na mesma esteira de pensamento, Araújo (2004) menciona que o ser empreendedor é marcado pelo espírito da inovação, está na busca constante de algo essencialmente novo; não se satisfazendo em manter seu negócio, quer inovar sempre. Dessa forma, o

empreendedor é a pessoa capaz de gerir sua própria organização com sua própria competência.

Com sua sapiência peculiar, Chiavenato (2007) afirma que atualmente a Teoria Geral Administrativa estuda a administração das empresas e os demais tipos de organizações do ponto de vista da interação e interdependência entre as seis variáveis principais, cada qual objeto específico de estudo por parte de uma ou mais correntes da teoria administrativa.

Essas variáveis básicas – tarefa, estrutura, pessoas, tecnologia, ambiente e competitividade- constituem os principais componentes da administração de empresas. O comportamento destas variáveis é sistêmico e complexo: cada qual influencia e é influenciada pelas outras variáveis.

O futuro das empresas- sejam elas públicas ou privadas- pertencerá às empresas dinâmicas, flexíveis e inovadoras. Deverá ocorrer um crescente abandono da organização burocrático-mecanicista e uma maior aproximação à organização do tipo orgânico-adaptativo.

As organizações do futuro constituirão sistemas temporários, adaptáveis e rapidamente mutáveis, organizados em torno de problemas a serem resolvidos ou de tarefas a serem realizadas

Diante das mudanças emergentes e necessárias que o lapso temporal se encarregou de realizar, Moreira (1998) aclara que a administração gerencial moderna fortemente influenciada pela postura pragmática das mega-empresas, assim como pela exigência de transparência praticada no mundo anglo-saxônico, desloca o interesse administrativo do Estado para o cidadão.

O conceito de competitividade do setor público gera um novo elenco de diretrizes administrativas para a gestão dos interesses públicos gravitando em torno de dois valores centrais: a ética e a eficiência.

Relativamente à ética, uma boa síntese de deveres funcionais nela centrados se encontra no documento denominado “Sete Princípios da Vida Pública”, constante do conhecido Relatório Nolan, apresentado pelo Primeiro Ministro Britânico ao Parlamento em maio de 1995. São eles: interesse público, integridade, objetividade, responsabilidade (accountability), transparência, honestidade e liderança.

O interesse público continua sendo a finalidade da administração estatal, embora, como indicado, já se reconheça que, em muitos casos, o Estado já não mais deve ser seu monopolista, abrindo-se campo para que atuem mais proveitosamente um sem número de entidades de colaboração criadas pela própria sociedade. De qualquer forma, tanto nas áreas exclusivas da administração pública estatal quanto nas compartilhadas, o interesse

público deverá ser sempre perseguido com impessoalidade pelos agentes dele encarregados.

Portanto, analisando-se, contemporaneamente, a estrutura das empresas públicas, no nosso entendimento, não se pode deixar de perceber os avanços trazidos com os ares de modernização do aparelhamento estatal, desengessamento da máquina burocrática, criação de padrões de desempenho, foco no cliente e nos resultados, vislumbrando-se uma Gestão Pública que seja a extensão dos objetivos almejados por aqueles que compõem o verdadeiro sentido de existir do Estado: a população/cliente.

Sabe-se que muito ainda há de se fazer, todavia o primeiro passo tem sido feito, que é a quebra de paradigmas, deixando-se de ver o cliente como mera peça da engrenagem, tornando-se como partícipe e, acima de tudo, principal agente desse Sistema.

Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que os Modelos Burocráticos e Gerenciais não são independente entre si, muito pelo contrário, ambos se complementam. Desse modo, não houve uma superação de paradigmas, mas sim um aperfeiçoamento da teoria burocrata, formando-se a teoria gerencial.

Com a realidade fática, constatou-se a ineficiência e excesso de rigorismos da burocracia, ocasionando um quadro assombroso de excessivo formalismo de regras e procedimentos, em que a resistência à mudança e conformação às rotinas dificultavam a relação clientes e com o público em geral.

Em suma, algo deveria ser feito no sentido de tornar o serviço público verdadeiramente eficiente, rápido, que pudesse resolver os anseios da sociedade. Nesse diapasão, as vantagens trazidas com a burocracia, quais sejam: avaliação e seleção de funcionários, meritocracia, remuneração e carreira regular dos funcionários, deveriam ser adicionadas com maior flexibilização, motivação e valorização da ética no serviço público, introdução do conceito de planejamento estratégico, foco no cliente e nos resultados.

Com estas variantes, sem sombra de dúvidas, ter-se-á uma Administração que atenda as demandas da sociedade, seja reflexo de transparência e promova uma Gestão Pública com métodos e técnicas empreendedores, as quais há muito já se vem adotando nas empresas privadas, vislumbrando um atendimento de excelência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz César G. de. *Teoria Geral da Administração: aplicação e resultados nas empresas brasileiras*. São Paulo: Atlas, 2004.

CASTELLS, Manuel. *O Estado-rede e a reforma da administração pública*. Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: 1998.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração: teoria, processo e prática*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1985.

MOREIRA, Carlos Alberto. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v.2, n.4, jul/dez, 1998.

MOTTA, Fernando Cláudio Prestes; VASCONCELLOS, Isabella Gouveia de. *Teoria Geral de Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

REZENDE, Marco A. *As possibilidades da política: ideias para a reforma democrática do Estado*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SANTOS, Clézio Saldanha dos. *Introdução à Gestão Pública*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA-SILVA, Jader Cristino de. *Gestão empresarial: administrando empresas vencedoras*. São Paulo: Saraiva. 2006.

WALDO, Dwight. *O estudo da administração pública*. Rio de Janeiro: FGV, 1971.

WILSON, Woodrow. *The study of administration*. Political Science Quarterly, II, p. 197-222, 1887.

PUBLICIDADE DA ADVOCACIA NAS REDES SOCIAIS

ADRIANO CUSTODIO BEZERRA: Bacharel em Direito (UNIP/SP). Especialista em Direito Constitucional (PUC/SP), Especialista em Direito Processual (PUC/MG), *MBA* Executivo em Gestão Empresarial (UNIP/SP), pós-graduando em Direito do Consumidor e Direito Digital (UNIP/SP). Assessor da Presidência e Relator da Sexta Turma Disciplinar do TEDSP.⁵⁷

Resumo: Trata-se de artigo sobre a *publicidade da advocacia nas redes sociais virtuais*, com base em minuciosa pesquisa da legislação da Ordem dos Advogados do Brasil, doutrina e jurisprudência do Conselho Federal da OAB (CFOAB) e do Tribunal de Ética de São Paulo (TEDSP). Iniciando-se pela diferenciação conceitual entre publicidade, propaganda e *marketing* jurídico, refutando-se, em primeira conclusão, o uso da propaganda, por conter forte teor mercantilista. Apresentando-se, ainda, quadros com resumos dos requisitos obrigatórios e facultativos de qualquer publicidade da advocacia nas redes sociais e, principalmente, os tipos de publicidades permitidos ou não de acordo com a legislação e jurisprudência do CFOAB e TEDSP. Também, destacou-se os casos de desvirtuamento da publicidade da advocacia nas redes sociais, como o uso de *influencers* para divulgação dos serviços e/ou conteúdo jurídico da advocacia e inadequação do uso do *TikTok*, *Snapchat* e afins. Por fim, apontou-se as implicações e as consequências da publicidade irregular da advocacia nas redes sociais, visto que, toda e qualquer publicidade ou uso das técnicas do *marketing* jurídico nas redes sociais devem ter caráter meramente informativo e primar, obrigatoriamente, pela discrição e sobriedade da advocacia, sendo vedada a captação de clientela, angariação de causas e mercantilização da profissão, sob pena de instauração de processo ético-disciplinar com todos os seus desdobramentos e consequências desagradáveis.

Palavras-chave: Publicidade e *Marketing* jurídico, Advocacia, Redes sociais, normas éticas.

Abstract: This is an article about the advertising of advocacy in virtual social networks, based on a thorough research of the legislation of the Brazilian Bar Association, doctrine

⁵⁷ Membro Efetivo Regional da Comissão Permanente de Defesa do Consumidor e da Comissão Especial de Liberdade Religiosa da OABSP. Advogado no Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (OAB/SP 285.371). *LinkedIn*: <https://www.linkedin.com/in/adriano-cust%C3%B3dio-bezerra-7a730b72/>

and jurisprudence of the Federal Council of the OAB (CFOAB) and the Court of Ethics of São Paulo (TEDSP). Starting with the conceptual differentiation between advertising, advertising and legal marketing, refuting, in the first conclusion, the use of advertising, as it contains a strong mercantilist content. Introducing, still, tables with summaries of the mandatory and optional requirements of any publicity of the law in the social networks and, mainly, the types of publicities allowed or not in accordance with the legislation and jurisprudence of the CFOAB and TEDSP. Also, cases of distortion of advocacy advertising on social networks were highlighted, such as the use of influencers to publicize advocacy services and/or legal content and the inappropriate use of TikTok, Snapchat and the like. Finally, the implications and consequences of the irregular advertising of law on social networks were pointed out, since any and all publicity or use of legal marketing techniques on social networks must be merely informative and prioritize, obligatorily, discretion and sobriety of advocacy, with the prohibition of attracting clients, raising causes and commodifying the profession, under penalty of initiating an ethical-disciplinary process with all its unfolding and unpleasant consequences.

Keywords: Legal Advertising and Marketing, Advocacy, Social networks, ethical standards.

Sumário: 1. Introdução, 2. Diferença entre publicidade, propaganda e *marketing* na advocacia, 3. Discricção e sobriedade da advocacia nas redes sociais, 4. Desvirtuamento da publicidade da advocacia nas redes sociais, 5. Implicações e consequências da publicidade irregular da advocacia nas redes sociais, 6. Conclusão e 7. Bibliografia.

1. Introdução.

Inicialmente, acerca da *Publicidade da Advocacia nas Redes Sociais*, foi necessário uma análise sistemática do ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal de 1988; Estatuto da Advocacia e da OAB – EAOAB (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994); Regulamento Geral do Estatuto - RG-EAOAB58; Código de Ética e Disciplina - CED59; Provimento do CFOAB nº 205, de 15 de julho de 2021, que dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia; Provimento do CFOAB nº 200, de 03 de novembro de 2020, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no âmbito nacional e, por fim, a Resolução nº 03, de 2 de junho de 2022, do TEDSP, que regulamenta o TAC na Seccional de São Paulo.

Em seguida, pesquisamos a doutrina de renomados(as) juristas e a jurisprudência do TEDSP, primeiro, da 1ª Turma de Ética Profissional, estabelecida na Capital do Estado de SP, designada *Deontológica*, que tem abrangência em todo território paulista,

58 Publicado no Diário de Justiça, Seção I do dia 16.11.94, p. 31.210-31.220. Ver art. 78 do Regulamento Geral.

59 Resolução nº 02/2015, DOU, 04.11.2015, S. 1, p. 77.

responsável pelas decisões propostas no julgamento de consultas e, segundo, das demais Turmas Disciplinares (atualmente vinte e sete), que julgam casos concretos e, finalmente, os julgados do CFOAB, sediado em Brasília/Distrito Federal, acessíveis em seus respectivos *sites* apontados na Bibliografia deste artigo.

Com base nesses parâmetros, o estudo percorrerá os conceitos básicos afetos à matéria, por serem essenciais à plena compreensão do tema, começando pela *Diferença entre publicidade, propaganda e marketing na advocacia*, passando pelos conceitos fundamentais da *Discrição e sobriedade da advocacia nas redes sociais*, culminando com as hipóteses de *Desvirtuamento da publicidade da advocacia nas redes sociais* e suas *Implicações e consequências da publicidade irregular da advocacia nas redes sociais* e, finalmente, apresentamos uma breve *Conclusão* de todo o exposto.

De maneira alguma pretendemos esgotar o assunto, muito pelo contrário, este artigo serve apenas como um pontapé no estudo sobre a comunicação dos advogados nas mídias digitais, diante dos constantes avanços tecnológicos em nossa sociedade e, assim, evitar que haja qualquer afronta à legislação da OAB. Boa leitura!

2. Diferença entre publicidade, propaganda e *marketing* na advocacia.

De início, julgamos necessário diferenciar as três figuras básicas de comunicação social mais conhecidas da atualidade, dentro do aspecto jurídico, quais sejam: a publicidade,⁶⁰ propaganda e o *marketing*⁶¹, como uma forma de proporcionar uma melhor compreensão da questão tratada neste artigo.

60 Segundo a Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação: “[...] a palavra Publicidade deriva do latim *publicus* e significa o ato de tornar algo público, seja uma ideia ou um fato, por exemplo. Publicidade é, basicamente, a difusão de uma ideia que, através de algum meio de comunicação, busca influenciar alguém a comprar algum produto ou serviço, criando nesse alguém o sentimento de desejo pelo que é anunciado. Ela pode ser definida como a promoção de ideias, produtos e/ou serviços, anunciada por um ser identificado, com um público-alvo definido, e visando o lucro. Ainda, através dela, é possível construir o valor de uma marca ou empresa.” Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-1973-1.pdf>. Acessado em: 08 de janeiro de 2023.

61 Como conceito geral de *Marketing*, podemos entender como a “ciência e a arte de explorar, criar e entregar valor para satisfazer as necessidades de um mercado-alvo com lucro. O marketing identifica necessidades e desejos não atendidos. Ele define, dimensiona e quantifica o tamanho do mercado identificado e do lucro potencial. Ele aponta quais segmentos a companhia é capaz de servir melhor e desenvolve e divulga os produtos e serviços apropriados.”, como definido pela FIA Business School, uma das melhores escolas de negócios em educação executiva e consultoria do país. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/o-que-e->

Primeiro, sobre a **Publicidade**, o CFOAB editou o Provimento nº 205/2021,62 que dispõe detalhadamente os conceitos básicos sobre publicidade, bem como as diversas especificações que cercam o tema, todos de observância obrigatória.

Subdividindo o conceito de publicidade em cinco espécies, conforme art. 2º do Prov. 205/2021, temos as seguintes definições: **(i)** a *publicidade* em geral, que é uso adequado dos meios de comunicação disponíveis para tornar públicas as informações a respeito de pessoas, ideias, serviços ou produtos; **(ii)** a *publicidade profissional*, que é a utilização dos meios de comunicação disponíveis para tornar públicas as informações atinentes ao exercício profissional, bem como os dados do perfil da pessoa física ou jurídica inscrita; **(iii)** a *publicidade de conteúdos jurídicos*, que trata-se da divulgação destinada a levar ao conhecimento do público conteúdos jurídicos; **(iv)** a *publicidade ativa*, que é a divulgação capaz de atingir número indeterminado de pessoas, mesmo que elas não tenham buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados e, de outro lado, **(v)** a *publicidade passiva*, ou seja, um meio de divulgação capaz de atingir somente público determinado que tenha buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados, bem como por aqueles que concordem previamente com o recebimento do anúncio.

Independentemente do tipo da publicidade, a utilização dos meios de comunicação disponíveis não podem ser expressamente vedados pelo CED e, obrigatoriamente, deverão ter caráter meramente informativo e primar pela discricção e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão (art. 3º, Prov. 205/2021).

Em segundo lugar, acerca da **Propaganda**, vale apresentar o conceito definido pela Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM, que, por si só, já esclarece muito bem a questão:

“A palavra Propaganda procede do latim *propagare*, que é derivado de *pangere*, e refere-se a uma prática de plantio agrícola, em que propagavam ou multiplicavam os grãos – o que na Propaganda pode significar a propagação e disseminação de ideias (MUNIZ, 2004). Propaganda é, então, um modo de persuadir e difundir uma crença, uma doutrina, uma ideia, uma ideologia, um princípio e/ou uma religião, não visando fins lucrativos e não anunciando em nome de

[marketing/#:~:text=Marketing%20%C3%A9%20a%20ci%C3%Aancia%20e,identificado%20e%20do%20lucro%20potencial.](#) Acessado em: 8 de janeiro de 2023.

62 Revogando o Provimento nº 94, de 12 de setembro de 2000, que tratava da mesma matéria, mas que já estava obsoleto e não acompanhava os avanços tecnológicos da atualidade. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/205-2021?search=205&provimentos=True>. Acessado em: 06 de janeiro de 2023.

alguma empresa ou sobre algum produto. Sendo assim, ela procura atingir um determinado público e fazê-lo pensar sobre algum problema social, por exemplo, pensando sempre em atitudes da sociedade como um todo.”⁶³

Aqui, cabe apenas uma ressalva quanto ao uso da propaganda pelos(as) advogados(as), pois, a jurisprudência do TEDSP há anos, consolidou o entendimento sobre a distinção entre publicidade e propaganda na advocacia, com os seguintes fundamentos: **“o Código não adota o vocábulo propaganda, porque ele traz em si forte dosagem de mercantilização, exatamente o que a Ética não recomenda e, mais do que isso, coíbe”**. Finalizando que, a **“Propaganda e publicidade têm uma certa sinonímia enquanto termos usados despreocupadamente no vocábulo popular, mas se observados com mais atenção revelam conceituação própria.”**⁶⁴

Portanto, em primeira conclusão, a propaganda não é permitida para divulgação profissional do(a) advogado(a), seja qual for o meio de comunicação⁶⁵, por constituir

63 Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-1973-1.pdf>. Acessado em: 08 de janeiro de 2023.

64 E-1.684/98 – **PUBLICIDADE OU PROPAGANDA - DISTINÇÃO - MODERAÇÃO E DISCRIÇÃO - INTERNET E PLACAS INDICATIVAS - A propaganda está mais vinculada à idéia de comércio ou mercantilização de produtos, e visa alcançar público maior, incentivando a demanda para maior lucro do empresário ou comerciante. a publicidade é a informação mais discreta, sem alardes, para público menor e direito, pressupondo a existência de interesse anterior, por menor que seja. O advogado não vende produto, mas presta serviço especializado. Eventual anúncio de advogado, na internet ou em placas indicativas, deve ser discreto, observando a mesma moderação do veiculado em jornais e revistas especializadas que, em qualquer hipótese, não poderá ser em conjunto com outra atividade.** As regras sobre a publicidade do advogado estão contidas no Código de Ética e Disciplina e na Resolução nº 02/92 deste Tribunal. V.U. do parecer e ementa do Rel. Dr. JOÃO TEIXEIRA GRANDE – Rev. Dr. CLODOALDO RIBEIRO MACHADO – Presidente Dr. ROBISON BARONI - 21/5/1.998. (grifamos)

65 E-3.259/05 - EMENTA Nº 1 - EXERCÍCIO PROFISSIONAL E ATIVIDADE ESTRANHA À ADVOCACIA - AS ATIVIDADES PRIVATIVAS DA ADVOCACIA ESTÃO PREVISTAS NO ARTIGO 1º DO ESTATUTO DA OAB - PROFERIR PALESTRAS É ATIVIDADE ESTRANHA À ADVOCACIA - O ADVOGADO, COMO QUALQUER OUTRO CIDADÃO, PODE EXERCER A FUNÇÃO DE PRELETOR, CONTUDO, A PROPAGANDA DAS PALESTRAS A SEREM PROFERIDAS JAMAIS PODERÀ SER FEITA EM CONJUNTO COM SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL, SOB PENA DE INFRAÇÃO AO § 3º DO ARTIGO 1º DO ESTATUTO DA OAB. Não poderá ser divulgado o exercício da advocacia em conjunto com a atividade de "preletor". **Se a condição de "preletor" admite propaganda, o exercício da advocacia não a admite. O advogado na divulgação de sua profissão (publicidade, e não propaganda) deverá restringir-se aos ditames dos artigos 28 a 34 do Código de Ética e Disciplina, da Resolução nº 2/92 do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP - Turma Deontológica e do Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB [Referências às normas revogadas].** V.U., em 17/11/2005, da ementa e parecer da Relatora Dr.^a MARIA DO CARMO WHITAKER - Revisor Dr. BENEDITO ÉDISON TRAMA - Presidente "ad hoc" Dr. FÁBIO KALIL VILELA LEITE. (grifamos)

flagrante captação de clientela,⁶⁶ inclusive esse tipo de comunicação na advocacia já era expressamente proibido no Provimento nº 94/2020 do CFOAB67 (revogado pelo art. 12 do vigente Prov. 205/2021).

Apesar de não conter vedação expressa no atual Prov. 205/2021, se percebe claramente em vários artigos, analisados em conjunto com o CED, que o uso das técnicas mercadológicas da propaganda é de fato proibido na advocacia. Sendo, excepcionalmente, admitida, com parcimônia, somente em campanhas da OAB para eleição da diretoria, presidência etc., o que não é regulado nem mesmo pelo Prov. 205/2021, mas sim por regras próprias (art. 12, parágrafo único).⁶⁸

Por conta disso, recentemente, a jurisprudência do TEDSP, por meio da 1ª Turma Deontológica, veiculado pela 661ª sessão de julgamento, que analisou diversos casos de publicidade nas redes sociais, julgou um caso interessante sobre publicação de gravação de audiência nas redes sociais, reafirmando que a propaganda é vedada na advocacia, sendo permitido tão somente a publicidade e o *marketing* jurídico, estritamente dentro das normas éticas da OAB, sob pena do(a) advogado(a) sofrer processo ético-disciplinar.⁶⁹

66 RECURSO Nº 2008.08.04610-05 - 03 Volumes/SCA-2ª Turma. Rcte: A.O.J. e N.W.F.R. (Advs.: Ageu Libonati Junior OAB/SP 144.716, Alandeson de Jesus Vidal OAB/SP 168.644, José Antônio Carvalho OAB/SP 53981, Luiz Fernando Pelegrina de Lima OAB/SP 236.416, Rafael Sganzerla Durand OAB/SP 211.648, Rogério Adriano Peroso OAB/SP 179.857 e Outros). Rcdos: Conselho Seccional da OAB/São Paulo e Presidente do Conselho Seccional da OAB/São Paulo - Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso. Rel.(a) Orig.: Conselheira Federal Wanderli Fernandes de Sousa (GO). Redist.: Conselheiro Federal João Bezerra Cavalcante (GO). EMENTA Nº 018/2010/SCA-2ª T. **Restando comprovada a veiculação de propaganda da sociedade de Advs. em várias cidades e por vários meios de divulgação**, outdoors, correspondências, **internet** (travestida de uma outra pessoa jurídica, sociedade empresaria de consultoria), **em evidente captação de clientela - correta a pena de censura e multa aplicada pelo Conselho Seccional da OAB/SP**. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os elementos dos presentes autos, em julgamento realizado pela 2ª Turma da Segunda Câmara do CFOAB, foram preliminares rejeitadas e no mérito, foi o recurso conhecido e improvido por unanimidade, nos termos do voto do Relator que ao presente se incorpora. Brasília, 12 de abril de 2010. Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Presidente da 2ª Turma da Segunda Câmara. João Bezerra Cavalcante, Relator. (DJ, 24.05.2010, p. 28) (grifamos)

67 "Art. 6º Não são admitidos como veículos de publicidade da advocacia: a) rádio e televisão; b) painéis de propaganda, anúncios luminosos e quaisquer outros meios de publicidade em vias públicas; c) cartas circulares e panfletos distribuídos ao público; d) oferta de serviços mediante intermediários."

68 Somente no âmbito eleitoral da OAB. Vide Provimento nº 146, de 12 de dezembro de 2011 e art. 133 e seguintes do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (DJe de 16/11/94).

69 **PUBLICAÇÃO EM REDES SOCIAIS – GRAVAÇÃO DE AUDIÊNCIA - PROPAGANDA – IMPOSSIBILIDADE. PUBLICIDADE – LIMITES**. Há diferença fundamental, em termos éticos, entre propaganda e publicidade. **A propaganda é vedada na advocacia. O que se permite é o marketing jurídico e a publicidade**, estritamente na forma do Provimento 205/2021 do CFOAB. Fora daqueles preceitos, poderá o advogado sofrer processo disciplinar. Precedentes: E-5.181/2019, E-5.405/2020, E-5.390/220, E-5.351/2020, dentre inúmeros outros). (grifamos)

Por último, quanto ao **marketing jurídico**, apesar de muitos(as) advogados(as) ainda acreditar(em) que a legislação da OAB veda esse tipo de comunicação social, o Prov. 205/2021, além de definir o que é *marketing* no âmbito da advocacia, ainda descreve de forma pormenorizada os requisitos e os permissivos normativos desse tipo de divulgação dos serviços advocatícios.

Mais precisamente, em seu art. 2º, incisos I e II, o Provimento divide o conceito de *marketing* em dois pontos, também de observância obrigatória, sendo os seguintes: **(i) Marketing jurídico**, que é uma forma de especialização do *marketing* tradicional aos profissionais da área jurídica, a fim de que seja utilizada estratégias planejadas para alcançar os objetivos do exercício pleno da advocacia e **(ii) o Marketing de conteúdos jurídicos**, que trata-se de uma estratégia de *marketing*, também planejada, que se utiliza da criação e da divulgação de conteúdos jurídicos, disponíveis por meio de ferramentas de comunicação social, com o objetivo exclusivo de informar o público e consolidação profissional do(a) advogado(a) ou escritório de advocacia.

Em suma, o anúncio dos serviços profissionais da advocacia, individual ou coletivamente, é totalmente permitido pela legislação da OAB, mas apenas por meio da publicidade ou *marketing* jurídico e tão somente *com caráter meramente informativo*, desde que seja realizado com *discrição e sobriedade*, sendo vedada a divulgação que promova a mercantilização da profissão e a captação⁷⁰ de clientela (art. 39 do CED c.c art. 3º-A do Prov. 205/2021).

3. Discrição e sobriedade da advocacia nas redes sociais.

A advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, além de ser uma das profissões mais antigas do mundo,⁷¹ carrega consigo uma carga muito consolidada de ancestralidade e dogmas ritualísticos que dificilmente serão alterados, mesmo com todos os avanços tecnológicos da modernidade, sendo apenas aprimorados e observados de um ângulo diferente. No entanto, isto não é qualquer empecilho, muito menos poderá ser considerado um dogma arcaico da profissão, porque a advocacia repousa em princípios essenciais e que foram aprimorados por anos e anos de estudo, acertos e desacertos, garantindo a lisura e a devida reverência aos direitos básicos e naturais da pessoa humana.

⁷⁰ "Captação", segundo o Dicionário *Priberam* da Língua Portuguesa, esse termo vem do latim *captatio*, que entre outros significados, se trata do "emprego de meios astuciosos para se insinuar no ânimo de outrem ou para obter proveitos." Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/capta%C3%A7%C3%A3o>. Acessado em: 17 de março de 2023.

⁷¹ Vide origens remotas da advocacia na doutrina do professor Paulo Lobo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, pg. 21 e seguintes.

Tamanha é a importância da advocacia para a sociedade, que a Carta Magna brasileira, consagrou expressamente que o(a) advogado(a) é indispensável à administração da justiça (art. 133) e, segundo o EAOAB, em seu ministério privado, presta serviço público, de natureza técnica, singular e ainda exerce função social, com liberdade em todo o território nacional (arts. 2º, §§1º e 2º, 3º-A e 7º, I, do EAOAB, art. 1º do RG e art. 4º, *caput*, do CED).

No entanto, como nenhum direito é absoluto, com a advocacia não seria diferente; porque o(a) advogado(a) regularmente inscrito(a) na OAB (art. 3º, EAOAB), deverá observar irrestrita e obrigatoriamente vários princípios básicos e fundamentais para a profissão, destacando-se, entre tantos, a “discrição” e a “sobriedade” (arts. 20 e 39, CED). Surgindo, pois, o seguinte questionamento: Qual o exato significado desses vocábulos?

Primeiro, “discrição” é uma característica de quem é discreto ou uma qualidade de quem é recatado, ou seja, se refere à uma pessoa que age com modéstia e reserva, sem chamar a atenção ou cometer excessos.⁷² Enquanto que “sobriedade” é uma qualidade ou condição do que ou de quem é sóbrio, isto é, aquele que age com moderação e comedimento em suas aspirações, propósitos ou paixões, atuando ainda com parcimônia e temperança, bem como seriedade na maneira de falar, de apresentar ideias, de agir etc⁷³, ou seja, tem relação direta com a maneira como se porta perante às pessoas e qual a imagem que passa de si perante à sociedade.

Neste sentido, o Prov. 205/2021, dirimindo qualquer divergência conceitual, estipulou que: “Entende-se por publicidade profissional sóbria, discreta e informativa a divulgação que, sem ostentação, torna público o perfil profissional e as informações atinentes ao exercício profissional, conforme estabelecido pelo §1º, do art. 44, do Código de Ética e Disciplina, sem incitar diretamente ao litígio judicial, administrativo ou à contratação de serviços, sendo vedada a promoção pessoal.” (art. 3º, §1º, Prov. 205/2021)

Portanto, a sobriedade e a distinção formam um *par perfeito*, justamente o que a advocacia almeja de seu(sua) interlocutor(a) privativo(a), o(a) advogado(a) (arts. 1º e 3º, EAOAB). Tanto em sua atividade profissional como na sua vida privada (art. 2º, parágrafo único, II, CED)⁷⁴ e, principalmente, no que nos interessa neste momento, em relação a qualquer publicidade sua nas redes sociais virtuais.

72 Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=3Eoq>. Leia mais em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/coluna/duvidas-portugues/descricao-ou-discricao/> Acessados em: 13 de janeiro de 2023.

73 Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sobriedade>. Acessado em: 13 de janeiro de 2023.

74 CONSULTA N. 49.0000.2018.012292-5/OEP. Assunto: Consulta. Fatos cometidos por advogado sem estar no desempenho da profissão, dentro ou fora do território brasileiro. Notícia jornalística, redes sociais ou

Aqui, por oportuno, cabe um breve recorte para delimitar a questão em estudo, pois, este artigo trata apenas das “redes sociais virtuais” (ou “on-line”)⁷⁵, desconsiderando-se, por completo, as diversas outras redes sociais estudadas pela Sociologia⁷⁶, que, logicamente, não são interessantes para este trabalho.

E por “redes sociais virtuais”, podemos considerar as seguintes categorias mais usadas: **(i)** redes de relacionamento: *Facebook, Instagram, Twitter, YouTube*, **(ii)** redes profissionais: *LinkedIn, Xing, Viadeo*;⁷⁷ **(iii)** redes de mensagens instantâneas: *WhatsApp, Facebook Messenger* e *Telegram*⁷⁸ e, atualmente, **(iv)** as plataformas virtuais no *Metaverso*, que “é uma realidade virtual imersiva e interativa.”, ou seja, “uma extensão

blogs. Possibilidade de instauração de representação junto ao competente Tribunal de Ética e Disciplina (TED). Limites de atuação da OAB. Consultante: Gustavo Henrique de Brito Alves Freire OAB/PE 17244 - Conselheiro Seccional da OAB/Pernambuco. Relator: Conselheiro Federal Luiz Cláudio Silva Allemand (ES). EMENTA N. 041/2020/OEP. **Fatos cometidos por advogado sem estar no desempenho da profissão, dentro ou fora do território brasileiro. Notícia jornalística, redes sociais ou blogs. Possibilidade de instauração de representação junto ao competente Tribunal de Ética e Disciplina (TED).** 1. Conduta incompatível para fins disciplinares, significa qualquer ato omissivo ou comissivo, que não se coadune com a postura exigida para o exercício da advocacia. Não se escusa o advogado, sob o argumento de que tenha adotado esta ou aquela conduta na qualidade de cidadão comum, e não no efetivo exercício da profissão, porquanto é impossível separar estas duas situações, no que respeita a advocacia. 2. **Um advogado deverá, em todo momento, manter a honra e a dignidade de sua profissão. Deverá, tanto em sua atividade profissional como na sua vida privada, abster-se de ter conduta que possa redundar em descrédito da profissão a que pertence.** 3. **Espera-se do advogado atitudes condizentes com a sua função social, não sendo aceitável ambiguidades entre o exercício da profissão e sua vida pessoal, vez que devem atender aos preceitos éticos inerentes à advocacia, que não venham a denegrir e/ou manchar a dignidade da profissão.** Consulta respondida. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quórum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator. Brasília, 12 de agosto de 2020. Luiz Viana Queiroz, Presidente. Sergio Ludmer, Relator ad hoc. (DEOAB, a. 2, n. 427, 3.09.2020, p. 4) (grifamos)

75 “Redes sociais, no ambiente online, são sites e aplicativos que operam em níveis diversos — como profissional, de relacionamento, dentre outros — mas sempre permitindo o compartilhamento de informações entre pessoas e/ou empresas.” Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/redes-sociais/>. Acessado em: 14 de janeiro de 2023.

76 Ler mais em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Rede_social. Acessado em: 14 de janeiro de 2023.

77 Disponível em: <https://engenharia360.com/vale-a-pena-investir-em-workstation/>. Acessado em: 14 de janeiro de 2023.

78 Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/>. Acessado em: 14 de janeiro de 2023.

virtual da nossa vida atual, como se fosse outra dimensão. Daí, o nome ‘metaverso’ que significaria além do universo”⁷⁹

Primeiro, quanto ao *Metaverso*, mesmo se tratando de uma tecnologia nova, o TEDSP, de forma pioneira, por meio da 1ª Turma Deontológica, apesar de permitir que seja montado um escritório virtual nesse tipo de plataforma, não afastou o dever do(a) advogado(a) de observar as normas éticas da legislação da OAB, destacando o dever de sigilo profissional⁸⁰, sob pena de violação do art. 34, inciso VII do EAOAB, bem como a moderação, discricção e o caráter de informação da publicidade, sob pena de configuração da infração disciplinar de “angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros”⁸¹ (art. 34, IV, EAOAB⁸²) e a mercantilização da advocacia, conforme trecho abaixo:

79 Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/03/29/internet-e-redes-sociais/metaverso/>. Acessado em: 14 de janeiro de 2023.

80 O CFOAB, editou o Prov. 207/2021, que regulamenta o art. 7º do EAOAB, que trata da comunicação sigilosa entre advogado e cliente, estipulou o seguinte: “Art. 3º O exercício da atividade da advocacia pelos ocupantes de cargos e funções jurídicas em empresas se materializa em toda e qualquer ação que se refira a atividades privativas da advocacia, como elaboração de consultas, pareceres ou peças jurídicas, sejam elas judiciais ou extrajudiciais, ainda que os negócios ou efeitos decorrentes de tais atos não sejam efetivamente concretizados.

Parágrafo único. **Os atos e comunicações do advogado com seu cliente são protegidos pelo sigilo profissional em todas as suas formas de materialização, seja por meio escrito, eletrônico, telefônico, telemático, verbal, por aplicativos de mensagens, redes sociais não públicas, dentre outros.**” (grifamos)

81 “Angariar”, segundo o Dicionário *Priberam* da Língua Portuguesa, significa o ato de “Fazer o possível para reunir ou obter” ou “Aliciar, atrair, recrutar”. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/angariar>. Acessado em: 17 de março de 2023.

82 RECURSO N. 49.0000.2018.009635-8/SCA-PTU. Recorrente: L.P.J. (Advogados: Luciano Pedroso de Jesus OAB/MT 13382/O e outros). Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Mato Grosso. Relator: Conselheiro Federal Elton Sadi Fülber (RO). EMENTA N. 014/2019/SCA-PTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Acórdão unânime de Conselho Seccional. Preliminares de nulidade. Rejeição. Angariação ou captação de causas. Infração disciplinar configurada. Conversão da censura em advertência. Recurso parcialmente provido. 1) As nulidades arguidas pelo advogado são mera reprodução das que foram arguidas ao Conselho Seccional, sendo ali todas respondidas, sem a impugnação aos fundamentos adotados, razão pela qual subsistem os fundamentos ali adotados para rejeitá-los, visto que ausente a dialeticidade recursal nesse ponto. 2) A infração disciplinar de angariação ou captação de causas (art. 34, IV, EAOAB) restou devidamente comprovada e valorada pelas instâncias de origem, à medida em que o advogado veiculou publicidade em rede social com a nítida pretensão de angariar causas específicas, de clientes lesados por empresas de telefonia. 3) A seu turno, o julgado de primeira instância não adotou fundamentação suficiente para indeferir a conversão da censura em advertência, visto que a ausência de circunstâncias agravantes deve ser presumida, e não a presença de circunstância atenuantes, razão pela qual o recurso deve ser provido também nesse ponto, para determinar a conversão da censura em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do advogado. 4) Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para converter a censura em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do advogado. Acórdão: Vistos,

“[...] É lícita, em tese, a publicidade da advocacia nas plataformas do tipo metaverso, assim como é lícita, em tese, a publicidade na internet, desde que esta se contenha nos limites traçados pelo Código de Ética e Disciplina, pelo Provimento nº 205/2021 do Conselho Federal da OAB/SP e pela jurisprudência do TED I. Advogados podem criar e manter seus escritórios nos metaversos para se apresentarem a potenciais clientes, recebê-los no ambiente virtual e com eles socializar até o momento em que se puser a contratação, redirecionando o cliente, a partir daí, para seus escritórios físicos ou para ferramentas de comunicação criptografadas (ponta a ponta). Na publicidade e na interação com potenciais clientes, deve o advogado respeitar a discricção, a moderação, a sobriedade, o caráter meramente informativo e a dignidade da profissão, proibida a captação ilegítima de clientela e a mercantilização da profissão.”⁸³

relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Mato Grosso. Brasília, 10 de dezembro de 2018. Carlos Roberto Siqueira Castro, Presidente. Elton Sadi Fülber, Relator. (DEOAB, a. 1, n. 25, 4.2.2019). (grifamos)

83 EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – ESCRITÓRIOS MONTADOS EM AMBIENTES VIRTUAIS – METAVERSO(S) – SIGILO PROFISSIONAL E INVIOABILIDADE DO ESCRITÓRIO – PESSOALIDADE – PARÂMETROS ÉTICOS – PUBLICIDADE – LICITUDE – CAPTAÇÃO DE CLIENTELA – CAUTELAS. Para que seja venha a ser eticamente admissível a abertura e manutenção de escritório de advocacia e a prestação de serviços advocatícios nas plataformas do tipo metaverso será imprescindível garantir não apenas o inafastável sigilo profissional mas também a inviolabilidade do escritório e dos respectivos arquivos, o que somente ocorrerá quando a tecnologia e as regras de uso garantirem que nem mesmo a empresa detentora da plataforma disponha de meios técnicos para acessar as informações trocadas entre advogado e cliente. Para que seja respeitada a ética profissional, é imperiosa também a identificação do advogado, da sociedade de advogados e do cliente (de carne e osso), mutuamente, para que não se perca de vista que a advocacia, mesmo no mundo virtual, é múnus público fundado na confiança e na pessoalidade da relação cliente-advogado. A utilização de ferramentas do tipo metaverso pelo advogado não pode servir de pretexto para olvidar a regra inserta no art. 3º da Lei nº 8.906/1994, nem pode ferir as normas internas da OAB acerca dos limites de atuação de escritórios estrangeiros no Brasil (consultoria em direito estrangeiro). É lícita, em tese, a publicidade da advocacia nas plataformas do tipo metaverso, assim como é lícita, em tese, a publicidade na internet, desde que esta se contenha nos limites traçados pelo Código de Ética e Disciplina, pelo Provimento nº 205/2021 do Conselho Federal da OAB/SP e pela jurisprudência do TED I. Advogados podem criar e manter seus escritórios nos metaversos para se apresentarem a potenciais clientes, recebê-los no ambiente virtual e com eles socializar até o momento em que se puser a contratação, redirecionando o cliente, a partir daí, para seus escritórios físicos ou para ferramentas de comunicação criptografadas (ponta a ponta). Na publicidade e na interação com potenciais clientes, deve o advogado respeitar a discricção, a moderação, a sobriedade, o caráter meramente informativo e a dignidade da profissão, proibida a captação ilegítima de clientela e a

No entanto, nem sempre foi assim na jurisprudência do TEDSP, porque, em meados de 2007, a 1ª Turma Deontológica ao julgar uma Consulta sobre o uso do “Second Life”⁸⁴, que “além de um jogo, constitui um ambiente de relacionamento online que oferece a possibilidade de realização de negócios com repercussão econômica e jurídica no mundo real.”⁸⁵, entendeu que a “publicidade, via abertura e manutenção, no Second Life, de escritório de advocacia, não se coaduna com os princípios insculpidos no CED e no Prov. 94/2000 do Conselho Federal.” [relembre-se, o Prov. 94/2000 foi revogado pelo atual Prov. 205/2021].

Portanto, a jurisprudência vem evoluindo lado a lado com a legislação da OAB, o que demonstra que o TEDSP está atento às novas tecnologias, sem perder de vista os princípios históricos e os limites éticos que devem nortear qualquer publicação do(a) advogado(a) nas redes sociais, como aconteceu com a abertura de caminho ao escritório virtual no *metaverso*.

Inclusive, analisando com atenção o CED, desde seu preambulo, observa-se a preocupação do Código com as mudanças na dinâmica social que exige a inovação na regulamentação das relações entre os indivíduos e, principalmente, “a necessidade de modernização e atualização das práticas advocatícias, em consonância com a dinamicidade

mercantilização da profissão. Proc. E-5.842/2022 - v.u., em 18/08/2022, parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, Revisora – Dra. MÔNICA MOYA MARTINS WOLFF - Presidente Dr. JAIRO HABER.

84 Vide: <https://secondlife.com/>. Acessado em: 14 de janeiro de 2013.

85 EXERCÍCIO DA ADVOCACIA - ESCRITÓRIO EM AMBIENTE VIRTUAL SECOND LIFE - SIGILO PROFISSIONAL E INVIOABILIDADE DO ESCRITÓRIO INEXISTENTES - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PESSOALIDADE - VEDAÇÃO - PUBLICIDADE POR MEIO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS EM JOGO VIRTUAL - IMPOSSIBILIDADE. O Second Life, além de um jogo, constitui um ambiente de relacionamento online que oferece a possibilidade de realização de negócios com repercussão econômica e jurídica no mundo real. A utilização do referido ambiente por advogados para mero relacionamento ou jogo escapa à competência da OAB. No entanto, se o advogado utiliza o referido ambiente virtual para obter clientes, com ou sem remuneração, a quem serão prestados, no ambiente eletrônico ou fora dele, serviços advocatícios efetivos, as regras legais e éticas aplicáveis aos advogados, sem sombra de dúvida, não de incidir. Como referido ambiente permite o rastreamento, pela empresa que o criou e o administra, de tudo o que ali se passa, não há como garantir-se o sigilo profissional do advogado, o que inviabiliza a abertura e manutenção de um escritório virtual no Second Life. Referido escritório de advocacia, por sua própria natureza, não se revestiria da basilar inviolabilidade e do indispensável sigilo dos seus arquivos e registros, contrariando o direito-dever previsto no art. 7º, II, do EAOAB. Quebra também do princípio da pessoalidade que deve presidir a relação cliente-advogado. A publicidade, via abertura e manutenção, no Second Life, de escritório de advocacia, não se coaduna com os princípios insculpidos no CED e no Prov. 94/2000 do Conselho Federal. Proc. E-3.472/2007 - em 18/07/2007, v.m., com relação à preliminar de não conhecimento, com declaração de voto divergente do julgador Dr. FÁBIO GUEDES GARCIA DA SILVEIRA, com relação ao mérito, v.u. do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Rev. GILBERTO GIUSTI. Presidente Dr. CARLOS ROBERTO F. MATEUCCI.

das transformações sociais e das novas exigências para a defesa efetiva dos direitos de seus constituintes e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.”

Entretanto, isso não quer dizer que as normas da OAB renunciem aos consectários seculares e basilares da profissão, pois, tanto o CED como o Prov. 205/2021, expressamente, definem que “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização” e vedam “o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela”⁸⁶, exigindo-se, a observância rigorosa aos preceitos e vedações da legislação da OAB (arts. 5º, 7º, 39 e 46, *caput*, parágrafo único, e 47 do CED e art. 3º e 4º do Prov. 205/2021).

Vale lembrar, que o Prov. 205/2021, em momento algum proíbe a publicidade da advocacia nas redes sociais⁸⁷, seja ela ativa, passiva ou por meio da utilização de estratégias do *marketing* jurídico, nem mesmo a doutrina manifesta qualquer repulsa⁸⁸. Muito pelo contrário, o Provimento em sintonia com CED, permite a utilização dos meios

86 RECURSO N. 49.0000.2018.011868-1/SCA-PTU. Recorrente: G.S.S. (Advogados: Rui Teles Calandrini Filho OAB/RJ 084.384 e outros). Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Relator: Conselheiro Federal Odon Bezerra Cavalcanti Sobrinho (PB). EMENTA N. 065/2019/SCA-PTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Decisão definitiva e não unânime de Conselho Seccional. Recurso que ostenta natureza ordinária, na forma do art. 75 do EAOAB. Alegação de absolvição na esfera judicial, em ação civil pública movida pela OAB. Independência das instâncias. Apuração disciplinar que não se confunde com o provimento jurisdicional buscado na ação civil pública. Alegação de bis in idem, por ter sido condenado o advogado em outro processo disciplinar perante outro Conselho Seccional. Ausência de qualquer prova nesse sentido. **Angariação de causas. Veiculação, em site de internet e rede social, de serviços de elaboração de petições jurídicas, e anúncio, promoção de publicidade e divulgação de serviços jurídicos. Infração disciplinar configurada.** Recurso conhecido, mas improvido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Brasília, 21 de maio de 2019. Odon Bezerra Cavalcanti Sobrinho, Presidente em exercício e Relator. (DEOAB, a. 1, n. 100, 23.5.2019, p. 8). (grifamos)

87 O Prov. 205/2021, em seu Anexo Único, que estabelece os critérios específicos sobre a publicidade e informação da advocacia, ao tratar das redes sociais, prevê que “é permitida a presença nas redes sociais, desde que seu conteúdo respeite as normas do Código de Ética e Disciplina e do presente provimento.” Ou seja, não é proibido a manifestação nas redes sociais virtuais, entretanto, deverá ser observadas a legislação da OAB sobre o tema.

88 “[...] “muito embora seja o cliente quem deva procurar o advogado, é descabida a afirmação de que a publicidade seria de todo vedada aos profissionais da área. É que, como ensina Robison Baroni, ‘(...) ao advogado descabe inculcar ou induzir o público, ‘fazer propaganda’, captando assim a clientela mas, se o desejar, poderá fazer ‘publicidade’, informando a todos sua existência, divulgando seu labor rigorosamente dentro dos parâmetros ético-estatutários.” PIOVEZAN, Giovanni Cássio e Gustavo Tuller Oliveira Freitas (organizadores). Estatuto da Advocacia e da OAB comentado. Curitiba: OABPR, pg. 271.

de comunicação social disponíveis, não vedados pela legislação da OAB, para que advogados e advogadas usem as redes sociais para alcançar o sucesso no exercício da advocacia (arts. 1º e 2º do Prov. 205/2021).

Mesmo porque, segundo o levantamento da plataforma *Investidores.brasil*, com base nos dados consolidados da *Comscore*,⁸⁹ uma empresa dos Estados Unidos da América de análise da *internet* a grandes empresas, agências de publicidade e de mídia do mundo, as “Redes sociais foi a categoria online mais consumida no Brasil em dezembro de 2022.” e “o tempo gasto pelos brasileiros nas redes sociais atingiu um novo recorde, alcançando a marca de 356 bilhões de minutos no mês (46 horas), o que representa um aumento de 31% em relação a janeiro de 2020.”, resultando “131.506 milhões de usuários únicos de redes sociais naquele mês”, sem considerar os “dados sobre a China, aponta apenas Índia, EUA e Indonésia a frente do Brasil com mais usuários de redes sociais, com 510.095 milhões, 274.551 milhões e 159.513 milhões, respectivamente.”

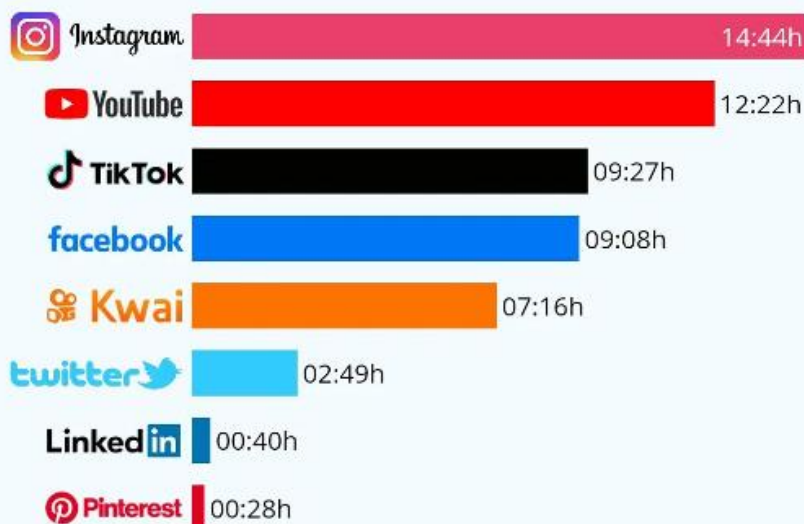
Constatando-se, que “essa intensificação do uso das redes sociais tem impactado não apenas o tempo que as pessoas passam online, mas também a forma como elas se relacionam com as marcas. Como constatou o estudo da Comscore, as redes sociais são agora o canal de preferência dos brasileiros para se comunicar com as empresas.”⁹⁰, conforme gráfico abaixo:

89 Site da empresa: <https://www.comscore.com/> (em inglês, sem tradução)

90 Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CqGIMNUudkE/?igshid=ODRjNjljZGM%3D>. Acessado em: 22 de março de 2023.

Redes sociais que os brasileiros mais estão usando

Média de horas que os usuários no Brasil ficaram em cada rede social em dezembro de 2022



Fonte: Comscore - Tendências Digitais e Lançamentos 2023

Investidores Brasil

Por isto, diante da inegável importância das redes sociais para a publicidade em geral, que existe a necessidade de uma legislação efetiva e rigorosa por parte da OAB, pois, repita-se, em qualquer hipótese a publicidade da advocacia deverá observar o caráter meramente informativo e primar pela discricção e sobriedade, sem “a utilização de mecanismos de marketing que, de forma ativa, independentemente do resultado obtido, se destinam a angariar clientes pela indução à contratação dos serviços ou estímulo do litígio”, evitando-se, também, a mercantilização da profissão (art. 3º, *caput*, Prov. 205/2021).

Diante disso, o atual presidente do TEDSP, o ilustre Dr. Guilherme Magri de Carvalho, editou a Resolução TED nº 6, publicada em 6 de julho de 2022, disciplinando a criação de redes sociais virtuais do próprio Tribunal (Por exemplo: *Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn* etc.), tão somente para “Comunicação educativa em Mídias Digitais”, criando-se, ainda, um Comitê Gestor dos Canais de Comunicação do TED (art. 5º), que, entre outras funções, têm a incumbência de revisar, controlar as postagens e zelar para que a publicidade da Corte respeite a legislação da OAB.⁹¹

91 Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/legislacao/resolucao-ted-no-6.2022>. Acessado em: 19 de janeiro de 2023.

Sob todo esse norte, recentemente, a 1ª Turma Deontológica do TEDSP, consolidou os limites e deveres éticos do(a) advogado(a) ao realizar qualquer tipo de postagem ou conteúdo jurídico nas redes sociais, destacando-se as normas pertinentes à publicidade previstas no CED e Prov. 205/2021, que em resumo são: **(i)** a descrição, **(ii)** a moderação, **(iii)** o caráter meramente informativo e, em qualquer situação, **(iv)** a vedação a captação indevida de clientela e **(v)** a mercantilização da profissão, como se observa da ementa abaixo:

PUBLICIDADE – REDES SOCIAIS – POSTAGEM – CONTEÚDO – LIMITES E DEVERES ÉTICOS – OBSERVÂNCIA DAS NORMAS PERTINENTES À PUBLICIDADE. É lícita a publicidade de advogado em sites ou redes sociais, desde que sejam observados todos os limites e condições impostos pelo CED e pelo Provimento nº 205/2021, dentre os quais se destacam a descrição, moderação e o caráter meramente informativo, sendo vedada, em qualquer hipótese, a captação indevida de clientela e a mercantilização da profissão (artigos 5º, 7º, 39 a 46 do CED e artigos 1º, 3º e 4º do Provimento 205/2021). **O advogado pode fazer postagens em redes sociais, desde que discretas, moderadas e puramente informativas acerca de tema jurídico, sem mencionar casos ou clientes, sem debater causas de outros profissionais, sem responder, com habitualidade, a consultas sobre matéria jurídica, sem induzir ao litígio e sem configurar captação indevida de clientela,** sendo igualmente permitida a postagem de imagens em repartições públicas, observadas as regras específicas de cada local e que não represente promoção imoderada do advogado. Proc. E-5.843/2022 - v.m., em 18/08/2022, parecer e ementa do Relator Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI, com voto parcialmente divergente do Revisor – Dr. FÁBIO KALIL VILELA LEITE - Presidente Dr. JAIRO HABER. (grifamos)

Sendo assim, considerando que a publicidade da advocacia é permitida nas redes sociais – logicamente respeitando-se os preceitos e a legislação da OAB –, elaboramos abaixo dois quadros com alguns requisitos **obrigatórios** e outros **facultativos** que qualquer publicidade da advocacia deverá ter nas redes sociais virtuais. Vejamos:

Quadro 1 – Requisitos obrigatórios de qualquer publicidade nas redes sociais

Obrigatórios	Legislação
--------------	------------

a) Nome completo do(a) advogado(a) e o número de inscrição na OAB	Art. 14 do EAOAB e art. 44, <i>caput</i> , do CED
b) Nome completo do escritório de advocacia e número de inscrição dos(as) advogados que o integrem ou o número de registro da sociedade de advogados na OAB;	Art. 14, parágrafo único, do EAOAB e art. 44, <i>caput</i> , do CED

Quadro 2 – Requisitos facultativos de qualquer publicação nas redes sociais

Facultativos	Legislação
a) Endereço completo	Art. 44, §1º do CED
b) Telefones, horário de atendimento e idiomas que o cliente poderá ser atendido	Art. 44, §1º do CED
c) Todos os dados de contato e meios de comunicação do escritório ou do(a) advogado(a), tais como <i>sites, e-mails</i> , redes sociais, <i>QR code</i> e os aplicativos de mensagens instantâneas, podendo também constar o logotipo, desde que em caráter informativo, respeitados os critérios de sobriedade e discrição	Art. 40, inciso V e 44, §1º do CED e Art. 4º, §3º do Prov. 205/2021
d) Títulos acadêmicos e as distinções honoríficas relacionadas à vida profissional, bem como as instituições jurídicas de que faça parte, e as especialidades a que se dedicar, sendo vedado anúncio de especialidades para as quais não possua título certificado ou notória especialização, bem como a indicação da sociedade da qual faz parte	Art. 3º-A do EAOAB, art. 44, §1º do CED e arts. 3º, inciso III e 4º, §1º do Prov. 205/2021
e) Utilização de logomarca e imagens, inclusive fotos dos(as) advogados(as) e do escritório, assim como a identidade visual	Art. 5º, §2º do Prov. 205/2021,

nos meios de comunicação profissional, sendo vedada a utilização de logomarca e símbolos oficiais da OAB

art. 31 do CED e artigos 5º e 6º do Prov. 135/2009 do CFOAB.

Ultrapassada essa questão estrutural, com base na legislação da OAB e julgados do TEDSP e do CFOAB, apresentamos mais dois quadros a seguir, com alguns **exemplos** dos tipos de publicidades **permitidas** pela advocacia, vedado, logicamente, o intuito de captação de clientela e a mercantilização da advocacia por qualquer meio e, por conseguinte, um quadro com exemplos dos tipos de publicidades **proibidas** pelos(as) advogados(as) nas redes sociais. Vide abaixo:

Quadro 3 – Exemplos de publicidade permitida nas redes sociais pela advocacia

Permitido	Legislação
a) Participação do(a) advogado(a) em vídeos ao vivo ou gravados (<i>Lives</i> ⁹² nas redes sociais e <i>Youtube</i>), assim como em debates	Art. 5º, §2º do Prov. 205/2021 e Anexo Único.

92 PUBLICIDADE – MÍDIAS SOCIAIS – LIVES – CONSULTAS VIRTUAIS – PROVIMENTO 205 DE 2021 – PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE ÉTICA E ESTATUTO – NORMA COMPLEMENTAR - DESCABE AO TRIBUNAL DEONTOLÓGICO APROVAÇÃO OU NÃO DE PEÇAS PUBLICITÁRIAS, MAS SIM FIXAÇÃO DE PARÂMETROS ÉTICOS E ESTATUTÁRIOS A SEREM RIGOROSAMENTE OBSERVADOS. Nada impede o advogado fazer publicação em mídia digital, identificando-se como tal, apontando sua área de atuação desde que o faça com discrição e sobriedade, observando rigorosamente o disposto nos artigos 45, 44 e 39 do Código de Ética. De igual forma observar o Provimento nº 205/2021 do Conselho Federal da OAB, artigos 1º, § 1º, 3º caput, III e IV e § 1º. Já sobre publicação em mídia digital quanto a consultas virtuais realizadas com clientes, tal postura esbarra no sigilo profissional previsto no artigo 34, IV do Estatuto, 35 a 38 do Código de Ética apesar do Provimento 205/2021 no artigo 4º, § 2º permitir divulgação de imagem, vídeo ou áudio contendo atuação profissional do próprio advogado. Tais deverão respeitar o sigilo e dignidade profissional, sendo vedada a referência ou menção a decisões judiciais e resultados de qualquer natureza, relativos aos casos em que atua. A rotina de profissionais de diversas áreas está sendo exposta nas mídias sociais à abundância, sem qualquer pudor, mas, com a vênia devida, a nossa é diferenciada pois também exercemos concomitantemente, função privada e pública, sendo essencial à realização da Justiça, formando tripé da mesma, com o Judiciário e Ministério Público. Fixados todos os parâmetros éticos e estatutários, com especial ênfase ao Provimento 205 de 2021 do Conselho Federal, desde que o advogado cumpra rigorosamente os preceitos postos pode o mesmo realizar "live" quanto sua rotina profissional. Exegese dos artigos 2, 31, 34, IV do Estatuto, artigos 1º, 2º, I, III e X, 35 a 38, 39, 42, 43, 44, 45, 47 e 71, II do Código de Ética, Provimento nº 205/2021 artigos 1º, § 1º, 3º caput, III, IV e § 1º, 4º, § 2º e Anexo Único do Conselho Federal da OAB, artigo 133 da CF, artigo 134 do Regimento Interno da OAB-SP e artigos 1º, I, 7º, I e II do Regimento Interno do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da OAB-SP. Proc. E-5.900/2022 - v.u., em 18/08/2022,

<p>e palestras virtuais⁹³, desde que observadas as vedações dos arts. 42 e 43 do CED, tais como, a proibição de consultas virtuais com clientes, referência ou menção a decisões judiciais relativas aos casos em que atua. Devendo, sempre, ser orientado pelo caráter técnico informativo, sem divulgação de resultados concretos obtidos, seja qual for a natureza, inclusive citar nomes de clientes, valores ou gratuidade.</p>	
<p>b) Tratando-se de venda de bens e eventos (livros, cursos, seminários ou congressos), cujo público-alvo sejam advogados(as), estagiários(as) ou estudantes de direito, poderá ser utilizada a publicidade ativa, desde que não esteja incutida a mercantilização, a captação de clientela ou o emprego excessivo de recursos financeiros, sendo admitida a utilização de anúncios, pagos ou não.</p>	<p>Art. 4º, <i>caput</i>, §§4º e 5º do Prov. 205/2021</p>
<p>c) Na divulgação de imagem, vídeo ou áudio contendo atuação profissional, inclusive em audiências e sustentações orais, em processos judiciais ou administrativos, não alcançados por sigredo de justiça, deverá ser respeitado o sigilo e a dignidade profissional e vedada a referência ou menção a decisões judiciais e resultados de qualquer natureza obtidos em procedimentos que patrocina ou participa de alguma forma,</p>	<p>Art. 4º, §2º do Prov. 205/2021</p>

parecer e ementa do Rel. Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE, Revisor – Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI - Presidente Dr. JAIRO HABER.

93 PUBLICIDADE – PATROCÍNIO A EVENTO SOCIAL – ADVOCACIA PRO BONO – DIVULGAÇÃO DO LOGO DO ESCRITÓRIO E MENÇÃO À PÁGINA DO INSTAGRAM E DO FACEBOOK - POSSIBILIDADE. PUBLICIDADE PROFISSIONAL. OBEDIÊNCIA A DIRETRIZES E PRINCÍPIOS ÉTICOS. A publicidade de patrocínio de evento social é permitida, seja na qualidade de palestrante/depoente, seja pela prestação de assessoria jurídica de forma pro bono, fica sujeito à observância das normas pertinentes à publicidade da profissão, constantes do Código de Ética e Disciplina, do Estatuto da Advocacia e do Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB [atual Prov. 205/2021]. Incidem os princípios da moderação e da discricão, além do caráter eminentemente informativo da divulgação. Vedação à mercantilização da profissão e à captação indevida de clientela. (Precedentes: E-5.343/2019, E-5.314/2019, E-5.290/2019, E-5.254/2019, E-5.181/2019, E-4.816/2017, E-4.656/2016, E- 4.644/2016, E-3.027/2004). Proc. E-5.542/2021 - v.u., em 07/04/2021, parecer e ementa da Rel. Dra. FERNANDA ABREU TANURE, Rev. Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI- Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE. (grifamos)

ressalvada a hipótese de manifestação espontânea em caso coberto pela mídia	
d) Utilização de anúncios, pagos ou não, nas redes sociais, vedado apenas a divulgação de serviços de advocacia juntamente com a de outras atividades ou a indicação de vínculos entre uns e outras, salvo a de magistério, ainda que complementares ou afins, e o fornecimento de dados de contato, como endereço e telefone, sendo permitida a referência a <i>e-mail</i>	Art. 4º, <i>caput</i> , §§5º e 8º do Prov. 205/2021 e Anexo Único e art. 40, inciso V do CED
e) Criação de página profissional do escritório de advocacia ou do(a) advogado(a) nas redes sociais, como, por exemplo, no <i>Facebook</i> ⁹⁴ , <i>Instagram</i> , <i>LinkedIn</i> , <i>YouTube</i> , <i>Twitter</i> etc., inclusive com o impulsionamento de postagens, respeitadas as normas da OAB95. Já com relação ao <i>TikTok</i> , <i>Snapchat</i> e	Art. 44, §1º do CED e art. 10 da Resolução nº

94 E - 4.176/2012 – PUBLICIDADE – FACEBOOK – CRIAÇÃO DE PÁGINA POR ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – POSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS ÉTICOS. A presença de escritório de advocacia na rede social Facebook é permitida tanto por meio da criação de “páginas” e como de “conteúdos patrocinados”. A “página” do Facebook assemelha-se ao website convencional, acrescido do envio de informações, tal como ocorre com as malas-diretas. Os usuários apenas recebem informações das “páginas” com as quais estabelecerem vínculo por meio do botão “curtir”, de modo que o acesso e o envio de informações decorrem da iniciativa do próprio usuário e não do advogado. Não viola a ética a criação de página no Facebook por escritório de advocacia, desde que seu conteúdo se limite à divulgação de informações objetivas relativas aos advogados e à sociedade de advogados, sempre com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa e ilustrativa. Da mesma forma, não viola a ética a contratação por escritório de advocacia de “conteúdo patrocinado” que consiste na contratação do Facebook para exibir publicidade da sociedade de advogados aos usuários. Esse tipo de publicidade apenas indica ao interessado o caminho eletrônico para página do Facebook do próprio escritório de advocacia ou ao seu website externo. Inteligência do Provimento n. 94/2000 do Conselho Federal da OAB. Prec. E-3.716/2008; E-4.013/2011 e E-4.108/2012. V.U. em 18/10/2012 - parecer e ementa do Rel. Dr. FLÁVIO PEREIRA LIMA - Rev. Dra. MARY GRUN - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.

95 **IMPULSIONAMENTO DE POSTAGENS NO INSTAGRAM, FACEBOOK, GOOGLE, SITES E OUTRAS REDES SOCIAIS – POSSIBILIDADE — LIMITES ÉTICOS – PROVIMENTO Nº 205/2021.** É permitido a publicidade e a publicação de conteúdo da advocacia no Instagram, Facebook, Google, sites ou outras redes sociais na Internet, com impulsionamento, desde que não esteja incutida a mercantilização, a captação de clientela ou emprego excessivo de recursos financeiros e que seja observado o caráter informativo, a veracidade das informações veiculadas, com moderação e sobriedade, respeitando-se, sempre as normas éticas do Estatuto do Advogado e da OAB, do Código de Ética e Disciplina e os preceitos contidos no Provimento 205/2021. A falta de ética na publicidade da advocacia não está no meio de sua divulgação, mas sim no seu conteúdo e sua finalidade, que permanecem regrados pelos nosso Código de Ética e pelo Estatuto da Advocacia e OAB. Proc. E-5.679/2021 - v.u., em 11/11/2021, parecer e

similares, o TEDSP ou o CFOAB ainda não se manifestaram expressamente sobre eles, porém, a título de conhecimento, a OAB de Minas Gerais editou uma Resolução proibindo o uso desses tipos de redes sociais pela advocacia, o que será melhor explorado no tópico seguinte.	7/2020 da OABMG
f) Escritórios virtuais no <i>Metaverso</i> , guardado sempre o sigilo profissional ⁹⁶	Arts. 35, 36, 44, §1º do CED
g) Textos jurídicos com fotos do(a) advogado(a) e/ou do escritório ⁹⁷	Art. 44, §1º do CED

ementa do Rel. Dr. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES FILHO, Rev. Dr. SYLAS KOK RIBEIRO - Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE. (grifamos)

96 EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – ESCRITÓRIOS MONTADOS EM AMBIENTES VIRTUAIS – METAVERSO(S) – SIGILO PROFISSIONAL E INVOLABILIDADE DO ESCRITÓRIO – PESSOALIDADE – PARÂMETROS ÉTICOS – PUBLICIDADE – LICITUDE – CAPTAÇÃO DE CLIENTELA – CAUTELAS. Para que seja venha a ser eticamente admissível a abertura e manutenção de escritório de advocacia e a prestação de serviços advocatícios nas plataformas do tipo metaverso será imprescindível garantir não apenas o inafastável sigilo profissional mas também a inviolabilidade do escritório e dos respectivos arquivos, o que somente ocorrerá quando a tecnologia e as regras de uso garantirem que nem mesmo a empresa detentora da plataforma disponha de meios técnicos para acessar as informações trocadas entre advogado e cliente. Para que seja respeitada a ética profissional, é imperiosa também a identificação do advogado, da sociedade de advogados e do cliente (de carne e osso), mutuamente, para que não se perca de vista que a advocacia, mesmo no mundo virtual, é múnus público fundado na confiança e na pessoalidade da relação cliente-advogado. A utilização de ferramentas do tipo metaverso pelo advogado não pode servir de pretexto para olvidar a regra inserta no art. 3º da Lei nº 8.906/1994, nem pode ferir as normas internas da OAB acerca dos limites de atuação de escritórios estrangeiros no Brasil (consultoria em direito estrangeiro). É lícita, em tese, a publicidade da advocacia nas plataformas do tipo metaverso, assim como é lícita, em tese, a publicidade na internet, desde que esta se contenha nos limites traçados pelo Código de Ética e Disciplina, pelo Provimento nº 205/2021 do Conselho Federal da OAB/SP e pela jurisprudência do TED I. Advogados podem criar e manter seus escritórios nos metaversos para se apresentarem a potenciais clientes, recebê-los no ambiente virtual e com eles socializar até o momento em que se puser a contratação, redirecionando o cliente, a partir daí, para seus escritórios físicos ou para ferramentas de comunicação criptografadas (ponta a ponta). Na publicidade e na interação com potenciais clientes, deve o advogado respeitar a discrição, a moderação, a sobriedade, o caráter meramente informativo e a dignidade da profissão, proibida a captação ilegítima de clientela e a mercantilização da profissão. Proc. E-5.842/2022 - v.u., em 18/08/2022, parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, Revisora – Dra. MÔNICA MOYA MARTINS WOLFF - Presidente Dr. JAIRO HABER.

97 PUBLICIDADE – PUBLICAÇÃO DE TEXTOS JURÍDICOS BEM COMO FOTOGRAFIA DOS ADVOGADOS, NÚMEROS DE INSCRIÇÃO E ENDEREÇOS – POSSIBILIDADE. É admitida a publicação de textos jurídicos “orientada pelo caráter técnico informativo, sem divulgação de resultados concretos obtidos, clientes, valores ou gratuidade”. Não há qualquer impedimento para a publicação de endereços da sociedade. Quanto aos

h) Publicações com objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal ou profissional	Art. 43 do CED
i) Patrocínio de eventos ou publicações de caráter científico ou cultural, assim como a divulgação de boletins eletrônico, sobre matéria cultural de interesse dos(as) advogados(as), desde que sua circulação fique restrita a clientes e a interessados do meio jurídico	Art. 45 do CED
j) Publicidade de conteúdos jurídicos, com a identificação profissional com qualificação e títulos, desde que verdadeiros e comprováveis quando solicitados pela OAB, bem como com a indicação da sociedade da qual faz parte	Art. 4º, §1º do CED

Quadro 4 – Exemplos de publicidades proibidas nas redes sociais pela advocacia

Proibido	Legislação
a) Publicidade com o pagamento, patrocínio, uso de <i>influencers</i> para divulgação de serviços de advocacia ou efetivação de qualquer outra despesa para viabilizar aparição em <i>rankings</i> , prêmios ou qualquer tipo de recebimento de honorarias em eventos ou publicações, em qualquer mídia, que vise destacar ou eleger profissionais como detentores de algum destaque social ⁹⁸	Art. 5, §1º do Prov. 205/2021

números de inscrição da sociedade e de advogados mais do que a possibilidade sua divulgação é dever. Nos termos do § 2º, do art. 5º, do Provimento n. 205/2021, do Conselho Federal da OAB é permitida a divulgação de fotografias dos (as) advogados (as) e do escritório, sempre com a sobriedade que a profissão nos impõe. Proc. E-5.883/2022 - v.u., em 18/08/2022, parecer e ementa do Rel. Dr. ZANON ROZZANTI DE PAULA BARROS, Revisora – Dra. CAMILA KUHL PINTARELLI - Presidente Dr. JAIRO HABER.

98 PUBLICIDADE – PREMIAÇÃO DE ADVOGADO - PESQUISA DE POPULARIDADE FEITA POR MEIO DAS REDES SOCIAIS - DIVERSIDADE DE ATIVIDADES PROFISSIONAIS E INSTITUIÇÕES QUE CONCORREM AO PRÊMIO – DIVULGAÇÃO DA PREMIAÇÃO EM DIVERSOS MEIOS - INADEQUADA A PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. A participação na qualidade de advogado em premiações de popularidade e o recebimento dos referidos prêmios não é adequada, pois as referidas premiações têm caráter mercantilista, e é vedada a mercantilização da advocacia. A participação na qualidade de advogado em tais premiações provoca publicidade imoderada

b) Uso de meios ou ferramentas que influam de forma fraudulenta no seu impulsionamento ou alcance, com o objetivo de oferta de serviços jurídicos	Art. 4º, §5º do Prov. 205/2021 e Anexo Único
c) Divulgação da advocacia em conjunto com outra atividade, salvo a de magistério, ainda que complementares ou afins.	Art. 1º, §3º do EAOAB, art. 40, inciso IV do CED e art. 8º do Prov. 205/2021
d) Vincular seu nome ou razão social a empreendimentos sabidamente escusos ou de reputação duvidosa	Art. 2º, parágrafo único, inciso VIII, alínea "b" do CED
e) Na publicidade ativa, é proibida qualquer informação relativa às dimensões, qualidades ou estrutura física do escritório e a ostentação de bens relativos ao exercício ou não da profissão, como uso de veículos, viagens, hospedagens e bens de consumo, bem como a menção à promessa de resultados ou a utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional.	Art. 6º, parágrafo único, do Prov. 205/2021
f) Textos que induzam o(a) leitor(a) a litigar, promovendo, assim, a captação de clientela e a mercantilização da advocacia	Art. 41 do CED, art. 3º, <i>caput</i> , do Prov. 205/2021

e pode, ainda, ensejar captação indevida de clientela, o que igualmente é vedado. Ademais, é proibida da divulgação da advocacia com outras atividades e os referidos prêmios são concedidos a profissionais de diversos ramos de atuação, prestadores de serviços diversos e estabelecimentos comerciais e até mesmo pessoas jurídicas com atividades empresariais em diversos segmentos. Precedente E-3.122/2005. Proc. E-5.891/2022 - v.u., em 18/08/2022, parecer e ementa da Rel. Dra. MARIA CAROLINA NUNES VALLEJO, Revisora – Dra. CAMILA KUHL PINTARELLI - Presidente Dr. JAIRO HABER.

g) Responder ou fazer publicar na imprensa, com habitualidade, consulta sobre matéria jurídica ou alegações forenses ou relativas a causas pendentes	Art. 42, inciso I do CED e art. 34, inciso XIII do EAOAB
h) Debater causa sob o patrocínio de outro advogado	Art. 42, inciso II do CED
i) Pronunciar-se sobre métodos de trabalho usados por seus colegas de profissão	Art. 43 do CED
j) Abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da OAB	Art. 42, inciso III do CED
k) Divulgar ou deixar que sejam divulgadas lista de clientes e demandas	Art. 42, inciso IV do CED
l) Quando convidado para manifestação pública, sobre esclarecimento de tema jurídico de interesse geral, insinuar-se com o sentido de promoção pessoal ou profissional, bem como o debate de caráter sensacionalista	Art. 42, inciso V e 43, parágrafo único, do CED
m) Menção a qualquer emprego, cargo ou função ocupado, atual ou pretérito, em qualquer órgão ou instituição, salvo o de professor universitário	Art. 44, §2º do CED
n) Referência, direta ou indireta, a valores de honorários, forma de pagamento, gratuidade ou descontos e reduções de preços como forma de captação de clientes	Art. 3º, inciso I do Prov. 205/2021
o) Divulgação de informações que possam induzir a erro ou causar dano a clientes, a outros(as) advogados(as) ou à sociedade	Art. 3º, inciso II do Prov. 205/2021

p) Utilização de orações ou expressões persuasivas, de autoengrandecimento ou de comparação	Art. 3º, inciso IV do Prov. 205/2021
q) Distribuição de material digital, apresentações dos serviços ou afins de maneira indiscriminada em locais virtuais, salvo em eventos virtuais de interesse jurídico	Art. 3º, inciso V do Prov. 205/2021

Deparando-se com essa extensa lista de proibições, certamente, poderão surgir fortes críticas sobre as vedações e exigências da OAB sobre a publicidade da advocacia em sentido *lato sensu*, porém, segundo o professor Paulo Lôbo, a resposta é bem simples: “O serviço profissional não é uma mercadoria que se ofereça à aquisição de consumidores.”⁹⁹, justamente porque, além do(a) advogado(a) ser indispensável à administração da justiça (art. 2º, *caput*, parágrafo único, inciso X do CED), ele ainda, em seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social de elevadíssima relevância à sociedade. Não sujeito nem mesmo ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), segundo a Súmula nº 02/2011 do Conselho Pleno do CFOAB.¹⁰⁰

No mesmo sentido, o professor emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG, ex-conselheiro federal da OAB, Dr. Paulo Roberto Gouvêa Medina, que inclusive participou da elaboração dos dois últimos CED, se aprofunda ainda mais nas razões que justificam a regulação rigorosa da OAB acerca da publicidade, sob os seguintes fundamentos:

“[...] a advocacia jamais comportará tratamento similar ao das empresas no que diz respeito à publicidade. As empresas lidam com bens e serviços, o profissional liberal trabalha com as criações do espírito. Há, sem dúvida, sob certos aspectos, muita proximidade entre a atuação das sociedades de advogados e a atividade empresarial, o que vem despertando a atenção dos advogados para novas questões de ordem ética com que passam a defrontar-se à medida que as

⁹⁹ Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, pg. 242.

¹⁰⁰ Vide Súmula nº 02/2011, do CFOAB: “ADVOCACIA. CONCORRÊNCIA. CONSUMIDOR. 1) A Lei da advocacia é especial e exauriente, afastando a aplicação, às relações entre clientes e advogados, do sistema normativo da defesa da concorrência. 2) O cliente de serviços de advocacia não se identifica com o consumidor do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Os pressupostos filosóficos do CDC e do EAOAB são antípodas e a Lei 8.906/94 esgota toda a matéria, descabendo a aplicação subsidiária do CDC.”

relações profissionais estabelecidas, nesse contexto, se tornam muito mais complexas que as relações corriqueiras da advocacia individual. Mas o objeto da propaganda dos produtos oferecidos no campo da indústria, do comércio ou da prestação de serviços comuns não se confunde com o objeto da publicidade de que pode valer-se o profissional liberal, para se tornar conhecido e vir a merecer a confiança do cliente. Daí, aliás, a distinção entre propaganda e publicidade. Aquela apregoa e propaga, esta apenas apresenta e divulga. Compreende-se que os novos advogados, ansiosos por firmar-se no campo profissional e precisando, por isso, fazer conhecidos o nome, a especialização e a sede de sua atividade, sintam-se na contingência de valer-se de meios publicitários de maior impacto ou de mais fácil penetração junto aos potenciais clientes. É preciso considerar, contudo, que a maior abertura que, eventualmente, se dê nessa matéria pode ser-lhes desfavorável, porque maior será também o poder de financiamento dos meios inerentes a uma publicidade mais sofisticada por parte dos grandes escritórios. Criar meios mais diversificados de publicidade ou permitir que a forma ou os termos por que esta seja veiculada se tornem mais aparatosos ou incisivos é uma providência de alto risco sob outro aspecto: o da concorrência profissional. A competição não se mostra consentânea com a advocacia, porque ela implica disputa de clientela e esta não se faria sem a prática da captação, vedada, como se notou, pelo Estatuto da Advocacia. Uma publicidade exercida, ostensivamente, com vistas a angariar clientes, importaria, ademais, no oferecimento de serviços. E os serviços profissionais do advogado não equivalem a mercadorias que se ponham à venda. Lembre-se da norma contida no art. 5º. do Código de Ética: O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”¹⁰¹

Por fim, diante da complexidade e do avanço tecnológico da sociedade, foi criado o Comitê Regulador do *Marketing* Jurídico pelo art. 9º do Prov. 205/2021, regulamentado pela Resolução nº 23, de 22 de junho de 2022, que é um órgão consultivo vinculado à Diretoria do CFOAB, com poderes para propor a atualização das normas, a alteração, a supressão ou a inclusão de novos critérios e propostas de alteração do Prov. 205/2021. Ostentando, ainda, a missão de pacificar e unificar a interpretação das regras atinentes ao *marketing* jurídico perante os TED's e Comissões de Fiscalização das Seccionais, inclusive

¹⁰¹ Publicidade profissional e ética do advogado. Artigo publicado no *site* do CFOAB em 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/139>. Acessado em: 12 de janeiro de 2023.

o Comitê poderá propor sugestões de interpretação dos dispositivos sobre publicidade e informação ao Órgão Especial. Para tanto, criou-se um *site* exclusivo para o envio de sugestões, dúvidas e denúncias (vedado o anonimato), podendo até mesmo anexar fotos, documentos e vídeos.¹⁰²

4. Desvirtuamento da publicidade da advocacia nas redes sociais.

O ilustre professor Biela Junior, que tive a honra de conhecê-lo no lançamento da 7ª edição de seu “Curso de Ética Profissional para Advogados”, com muita propriedade, ressalta que: “o avanço tecnológico da sociedade transformou a compreensão do mundo e fez surgir conceitos nunca antes imaginados. Essa transformação colocou a publicidade como um grande problema da ética profissional, primeiramente, porque é necessário garantir ao advogado o direito de anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, e, por outro lado, não é possível permitir que o anúncio promova a mercantilização da profissão, pois, segundo o art. 5º do CED ‘o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização’, sendo certo afirmar que **a principal finalidade da publicidade na advocacia é a INFORMAÇÃO.**”¹⁰³

Neste sentido, a 1ª Turma Deontológica do TEDSP, apesar de fazer uma louvável crítica a superexposição dos profissionais, em geral, nas redes sociais – o que é totalmente compreensível dado os abusos cometidos pelos profissionais no ambiente virtual –, não desconsidera os avanços tecnológicos da comunicação social, muito menos afasta o direito dos(as) advogados(as) de divulgarem seus serviços nas mídias digitais, logicamente observando-se os preceitos e normas éticas exaustivamente apontadas acima, conforme se depreende do trecho do acórdão abaixo:

“A rotina de profissionais de diversas áreas está sendo exposta nas mídias sociais à abundância, sem qualquer pudor, mas, com a vênia devida, a nossa é diferenciada pois também exercemos concomitantemente, função privada e pública, sendo essencial à realização da Justiça, formando tripé da mesma, com o Judiciário e Ministério Público. Fixados todos os parâmetros éticos e estatutários, com especial ênfase ao Provimento 205 de 2021 do Conselho Federal, desde que o advogado cumpra rigorosamente os

102 Acessar: <https://marketingjuridico.oab.org.br/home/Denuncie>.

103 VALE JUNIOR, Lincoln Biela de Souza. Curso de ética profissional para advogados: de acordo com o Código de Ética, com o CPC e com as súmulas do Conselho Federal da OAB. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2022, pg. 138. Destaques no original.

preceitos postos pode o mesmo realizar “live” quanto sua rotina profissional.”¹⁰⁴

Isto, em certa medida, se dá justamente pelos exageros de superexposição da rotina dos(as) advogados(as) nas redes sociais, em especial no *Instagram*, por meio de *stories*, *lives*, *posts* etc., surgindo-se, o que podemos denominar de “influencers jurídicos”. No entanto, como tratado acima, não há qualquer proibição de publicar a vida profissional diária nas redes sociais virtuais, desde que se observe com rigor os princípios básicos de toda e qualquer publicidade da advocacia, que vale lembrá-los: distinção, sobriedade e caráter meramente informativos, sendo vedado qualquer meio de captação de clientela e a mercantilização da advocacia.

Todavia, algo que é totalmente proibido pela legislação, convalidado pela jurisprudência, é o uso pelo(a) advogado(a) de *influencers* para divulgação dos seus serviços nas redes sociais, pois não há como desconsiderar que tal prática visa exclusivamente angariar ou captar causas, com intervenção de terceiros ou, ainda, se valer de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, para obter vantagem profissional sobre os demais colegas, o que acarreta a mercantilização da advocacia. Caracterizando-se, em tese, as infrações previstas no art. 34, incisos III e IV do EAOAB, arts. 5º e 39 do CED e arts. 3º, *caput*, 4º do Prov. 205/2021, sujeitando o(a) advogado(a) a processo disciplinar por publicação irregular. Vide abaixo interessante julgado da 1ª Turma Deontológica do TEDSP sobre o tema:

RELATÓRIO

Após alguns considerandos, a consultante indaga “se, de alguma forma, ofenderia o Código de Ética da OAB uma produtora de conteúdo para internet fizesse menção, em suas redes sociais, à qualidade do trabalho de um advogado e o recomendasse a quem eventualmente necessite de seus serviços.”

Mais adiante informa que “**a produtora de conteúdo é uma espécie de influencer, faz vídeos para Instagram, facebook e Tiktok. Possui um canal de humor no Tiktok, mas também fala sobre coisas sérias, indica marcas, serviços e produtos**”.

PARECER

104 Proc. E-5.900/2022 - v.u., em 18/08/2022, parecer e ementa do Rel. Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE, Revisor – Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI - Presidente Dr. JAIRO HABER. (grifamos)

Conheço da consulta por se tratar de tema que interessa à nossa profissão, podendo ser respondida em tese, nela não havendo nela de tratar-se de consulta sobre conduta de terceiro.

A publicidade sempre foi um ponto de preocupação relativamente à ética em nossa profissão.

Com precisão, manifestou-se sobre isto o Dr. Eduardo Haddad, ilustre relator que foi nesta Turma Deontológica, em artigo publicado na obra *Ética Aplicada à Advocacia* a qual, elaborada com a colaboração de diversos relatores sob coordenação de nosso ilustre colega, Dr. Fábio Kalil Vilela Leite, foi publicada pela Seccional de São Paulo da OAB.

“Daí porque o caráter meramente informativo, a discricção e a moderação são impostos pelo Código de Ética à publicidade na Advocacia. Não se trata de “propaganda”, com destaques de atributos e vantagens do serviço prestado, mas divulgação, como meio de informação de caráter geral. A diferença é tênue, mas existe: enquanto a propaganda tem como característica a promoção de um produto visando a alcançar, de forma generalizada, o maior número de pessoas possível, com exposição até mesmo contra a vontade do destinatário, a publicidade é discreta e reservada ao acesso daqueles que buscam a informação.”

A consulente pretende utilizar uma *influencer* em sua publicidade para divulgar seu trabalho, mas o termo *influencer* significa influenciadora, isto é, pessoa capaz de dirigir outros para determinados pensamentos e, conseqüentemente, comportamentos. Por isto mesmo, como está na consulta a *influencer* “indica marcas, serviços e produtos”. Trata-se, pois, evidentemente, de propaganda e não de publicidade, contrariando a regra exposta no art. 39 de nosso Código de Ética que determina:

A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discricção e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.

Conseqüentemente, a divulgação de seus serviços como pretende a consulente é vedada pelo Código de Ética da Advocacia. (Proc. E-5.837/2022 - v.u., em 23/06/2022, parecer e ementa do Rel. Dr. ZANON

ROZZANTI DE PAULA BARROS, Revisora – Dra. RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - Presidente Dr. JAIRO HABER) (grifamos)

Outro claro desvirtuamento da publicidade da advocacia nas redes sociais é o uso do *TikTok*, *Snapchat* e similares, que nada mais são do que plataformas virtuais para publicação de vídeos curtos de até 60 segundos, que geralmente apresentam músicas em segundo plano, podendo ser acelerados, desacelerados ou editados com um filtro, inclusive “os usuários que produzem conteúdo e têm grande número de seguidores (os chamados Tiktokers) ganham dinheiro principalmente por meio de patrocínios, venda de produtos próprios, marketing de afiliados e, também, com os presentes que recebem durante as lives feitas na plataforma. Além disso, em junho de 2020, o TikTok lançou [nos Estados Unidos da América] o Creator Fund, que é basicamente um fundo para recompensar criadores de conteúdo engajados com o app de vídeos.”¹⁰⁵

Sobre isso, a brilhante Dra. Renata Soltanovit, ex-Conselheira Seccional da OAB/SP e Presidente do TEDSP, atualmente Vice-Presidente da 1ª Turma Deontológica da OAB/SP, lembra que o art. 31 do EAOAB, “por si só, já direciona o advogado a pautar-se pela discricção no conteúdo a ser publicado”, pois, segundo ela, “nem preciso dizer que fazer vídeo para viralizar, a fim de ganhar likes, ou ainda fazer uso do TikTok, com o intuito de banalizar a profissão de advogado, não combinam com a sobriedade e seriedade que se pretende demonstrar.”¹⁰⁶

Além dessas redes sociais terem forte apelo comercial e desconsiderar a descrição e sobriedade que exige a advocacia, em total desrespeito a legislação da OAB, especialmente em relação ao *TikTok*, nos deparamos com várias notícias amplamente divulgadas na mídia ao redor do mundo, sobre a proibição do uso *TikTok* por funcionários públicos de diversos países, “por conta de preocupações com a segurança de dados. Autoridades internacionais acreditam haver um risco de que as informações de milhões de usuários estejam sendo compartilhadas com o governo chinês.”¹⁰⁷

105 Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2021/05/como-funciona-o-tiktok-saiba-usar-o-aplicativo-de-videos.ghtml>. Acessado em: 27 de janeiro de 2023.

106 Captação de clientela e publicidade. E-book, São Paulo – agosto/2022, 1ª ed., pag. 10. Disponível em: <http://www.vicentevieirasoltanovitch.adv.br/livro/captacao-de-clientela-e-publicidade>. Acessado em: 15 de março de 2023.

107 Vide notícias disponíveis em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2023/03/17/por-que-muitos-paises-estao-proibindo-seus-funcionarios-de-usar-tiktok.ghtml> e <https://www.tecmundo.com.br/mercado/261923-tiktok-banido-diversos-paises.htm#:~:text=Por%20que%20os%20pa%C3%ADses%20est%C3%A3o,compartilhadas%20com%20o%20governo%20chin%C3%AAs>. Acessadas em: 26 de março de 2023.

O que segundo o art. 2º, parágrafo único, inciso VIII, alínea “b” do CED, alterado pela Resolução nº 07, de 05 de julho de 2016 do CFOAB, prevê que, cabe ao(a) advogado(a) se abster de “vincular seu nome a empreendimentos sabidamente escusos”, a fim de preservar sua reputação pessoal e profissional, bem como a nobreza e dignidade da profissão.

Entretanto, até o momento, o TEDSP e o CFOAB não se manifestaram expressamente sobre o uso do *TikTok*, *Snapchat* e similares, porém o TED da OAB de Minas Gerais editou a Resolução nº 7/2020, proibindo o uso desses tipos de redes sociais pela advocacia¹⁰⁸, conforme previsto no art. 10, nestes termos: “O aplicativo ‘tik tok’ e/ou similares de entretenimento, por não guardarem a sobriedade necessária para o exercício da advocacia, não são ferramentas adequadas para a publicidade profissional.”¹⁰⁹

5. Implicações e as consequências da publicidade irregular da advocacia nas redes sociais.

O(a) advogado(a) deve sempre proceder de forma que o torne merecedor(a) de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia, sendo responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Por isto, desde o momento que presta o compromisso solene e assumi a profissão¹¹⁰, o(a) advogado(a) obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres éticos consignados no CED, que regula os deveres do(a) advogado(a) para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, sobretudo, define as normas básicas da publicidade na advocacia (arts. 31, 32, *caput*, 33, parágrafo único do EAOAB, art. 1º do CED e §1º, art. 1º do Prov. 205/2021).

Portanto, caso o(a) advogado(a) não observe a legislação sobre a publicidade nas redes sociais, lhe acarretará implicações de ordem administrativa no âmbito do TED da OAB, que, em linhas gerais¹¹¹, se iniciará com a instauração de processo ético-disciplinar,

108 “TikTok não é ferramenta adequada para advogados”, diz TED da OAB/MG em manual.” Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/338524/tiktok-nao-e-ferramenta-adequada-para-advogados---diz-ted-da-oab-mg-em-manual>. Acessado em: 20 de janeiro de 2023.

109 “Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/e5a9b7471f5210_resolucao720.pdf. Acessado em: 20 de janeiro de 2023. (grifamos)

110 Regimento Geral: “Art. 20. O requerente à inscrição principal no quadro de advogados presta o seguinte compromisso perante o Conselho Seccional, a Diretoria ou o Conselho da Subseção: “Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.”

111 Como não é objetivo deste artigo se aprofundar detalhadamente nas fases do processo ético-disciplinar, recomenda-se, caso tenham interesse, consultar o minucioso “**Manual de Procedimentos do Processo Ético-Disciplinar da OAB**”, elaborado pela Segunda Câmara do CFOAB. Disponível em:

mais conhecido como “Representação Disciplinar”, em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o CFOAB.

Deflagrando-se, de ofício, pelos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB (art. 49 do EAOAB112), ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada, sempre sob sigilo¹¹³, sendo vedada a denúncia anônima e, quando o fato constituir crime ou contravenção penal, deve ser comunicado às autoridades competentes, pois a jurisdição disciplinar não exclui a comum. Cabendo, exclusivamente, ao TED do Conselho Seccional competente, julgar o processo, instruído pela Subseção ou por relator do próprio conselho (arts. 70, §1º, 71 e 72, §2º do EAOAB e art. 55, §§1º e 2º do CED)¹¹⁴, logicamente, com garantia da ampla defesa e do contraditório ao advogado, advogada ou estagiário(a), que após o julgamento poderá interpor recurso ao Conselho Seccional e, posteriormente, se o caso, ao CFOAB.

<https://www.oab.org.br/Content/pdf/MANUAL-PROCEDIMENTOS-2SCA.pdf>. Acessado em: 15 de março de 2023 e o brilhante *e-book* da Dra. Renata Soltanovitch: **Do processo disciplinar – OAB**. Disponível em: <http://www.vicenteveirasoltanovitch.adv.br/uploads/file/2020/08/do-processo-disciplinar-oab.pdf>. Acessado em: 15 de março de 2023.

112 **PANFLETAGEM** - CONVÊNIOS E HONORÁRIOS AVILTANTES - **CAPTAÇÃO DE CLIENTELA** - IMPOSSIBILIDADE - **FALTA ÉTICA PROFISSIONAL. O advogado que pratica a panfletagem e anuncia serviços a preços vil, age em desrespeito às regras do art. 34, IV, do EAOAB.**, c.c. os arts. 5º, 7º, 40, inciso VI, e 48, §6º, todos do CED, passível da pena de censura do art. 36, incisos I e II, do EAOAB, convertida em advertência por meio de ofício reservado, se o caso. **A publicidade deve ser moderada, segundo as regras normatizadas pelo CED**, artigo 39 e ss., bem como pelo Provimento nº 94/2000 do CFOAB. **Cabe aos dirigentes da OAB denunciar as infrações aos Tribunais Disciplinares e às Autoridade competentes, conforme o caso, nos termos do art. 71 da Lei 8.906/94.** Proc. E-5.318/2019 - v.u., em 12/02/2020, do parecer e ementa do Rel. Dr. EDGAR FRANCISCO NORI, Rev. Dr. DÉCIO MILNITZKY - Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE. (grifamos)

113 Segundo o art. 68 do EAOAB, “aplicam-se subsidiariamente ao processo disciplinar as regras da legislação processual penal comum e, aos demais processos, as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil, nessa ordem.”

114 RECURSO Nº 0356/2004/SCA - 02 volumes. Recorrente: S.R. (Advogado: Estevão Ruchinski OAB/SC 5281). Recorridos: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina e T.D.H. (Advogados: Haroldo Radloff OAB/SC 687, Pablo Ideker da Silva OAB/SC 16044 e Eliza Amanada Radloff OAB/SC 6332-II) Relator: Conselheiro Federal Sérgio Alberto Frazão do Couto (PA). EMENTA Nº 008/2006/SCA. As decisões de recursos de embargos de declaração, com ou sem efeitos infringentes, pertencem ao órgão colegiados, nos termos do que dispõe o art. 138, § 4º, do RGEAOB - **Pelo princípio da autonomia das instâncias, acatado no art.71, do EOAB, havendo indícios veemente do cometimento de crime ou contravenção, os fatos devem ser comunicados às autoridade competentes para as providências que julgarem devidas.** ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da Egrégia Segunda Câmara do Colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria, conhecer o recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator. Brasília, 08 de novembro de 2004. Ercílio Bezerra de Castro Filho, Presidente da Segunda Câmara. Sérgio Alberto Frazão do Couto, Relator. (DJ, 03.04.2006, p. 632, S 1) (grifamos)

O professor Biela Junior, ao analisar a questão da legitimidade ativa para deflagrar o processo disciplinar, entende que o dever de fiscalização da publicidade dos advogados pelos Conselhos Seccionais, seja física ou virtualmente, não está adstrito somente aos dirigentes da OAB, mas também aos conselheiros e advogados que exerçam cargos e funções na Instituição, pois “são os olhos da entidade e devem cumprir seu mister nos termos do juramento (RG, art. 53 c/c art. 49 da EAOAB), determinando a instauração de ofício quando se deparar com publicidade mercantilista de advogados ou sociedades de advogados, sob pena [de] incorrer em uma espécie de ‘prevaricação’ administrativa.”¹¹⁵

Também, quanto à autoridade ou a pessoa interessada para ingressar com a Representação Disciplinar, cabe lembrar que temos também outro caminho para denunciar a publicidade imoderada do(a) advogado(a), que é o *site* do Comitê Regulador do *Marketing* Jurídico, conforme apontado no tópico 3, uma vez que, além do relato pormenorizado do anúncio, ainda poderá ser anexado fotos, vídeos, documentos etc.

A sanção, em tese, será a pena de censura, que poderá ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presentes circunstâncias atenuantes previstas no rol exemplificativo do art. 40, incisos I a IV do EAOAB, inclusive com a cumulação de multa, em havendo circunstâncias agravantes, variável entre o mínimo correspondente ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo (arts. 35, I, 36, I e II, 39 e 40, parágrafo único, alíneas “a” e “b” do EAOAB), sem prejuízo da análise de cada caso concreto para averiguar a ocorrência de outras infrações disciplinares ou a reincidência em infração disciplinar, que atrairá pena mais grave, como a suspensão (art. 37, II do EAOAB).

No entanto, semelhante ao que ocorre com os crimes e contravenções de menor potencial ofensivo, julgados pelo Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), a Resolução nº 04, de 03 de novembro de 2020 do CFOAB, incluiu o art. 47-A e 58-A ao CED, estipulando-se a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no âmbito dos Conselhos Seccionais e do CFOAB, se o fato apurado não tiver gerado repercussão negativa à advocacia, com objetivo de fazer cessar a publicidade irregular praticada por advogados(as) e estagiários(as).

Sendo que, em cumprimento ao parágrafo único do art. 47-A do CED, foi regulamentado o TAC pelo Provimento nº 200/2020 do CFOAB, especificando os requisitos básicos obrigatórios para a concessão do Termo, quais sejam: **(i)** aplicação somente às infrações puníveis com censura, **(ii)** o(a) advogado(a) deve estar com a inscrição regular, **(iii)** não ter condenação transitada em julgado e **(iv)** não haver infração

¹¹⁵ Curso de ética profissional para advogados: de acordo com o Código de Ética, com o CPC e com as súmulas do Conselho Federal da OAB. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2022, pg. 156.

de outros artigos do EAOAB ou do CED que acarretem outro tipo de pena a não ser censura (arts. 1º e 2º, parágrafo único), respeitando-se, por fim, o *poder regulamentar concorrente* dos TED's locais em questões pontuais.

Ocasião que, o TEDSP editou a Resolução TED nº 03, de 2 de junho de 2022¹¹⁶, que regulamentou a questão no âmbito do Conselho Seccional de SP, ratificando os requisitos do Provimento do CFOAB e acrescentando apenas que o integrante da Turma julgadora "deverá propor o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)", ou seja, é um *poder-dever* do Presidente da Turma, pessoalmente ou por delegação ao Relator (art. 1º), que não cabe qualquer discricionariedade do julgador.

Ainda, nos termos do art. 4º, §1º do Prov. 200/2020 do CFOAB e arts. 1º e 3º da Resolução TEDSP nº 03/2022, após celebração do TAC, o(a) advogado(a) obrigará-se a cessar a conduta objeto do TAC proposto, se abstendo de praticar a mesma conduta no prazo fixado, resultando na suspensão condicional do processo ético-disciplinar por três anos, "período em que a prescrição, também, ficará suspensa, encerrado o prazo o procedimento será arquivado, sem análise de mérito e sem registro nos assentamentos do inscrito." (art. 4º, Resolução TED nº 03/2022).

Porém, em caso de descumprimento dos termos celebrados, o TAC perderá seus efeitos e o processo disciplinar retomará seu trâmite regular, não podendo o(a) advogado(a) ser beneficiado(a) com outro TAC no período inferior a três anos do cumprimento de suspensão anterior (art. 4º, §§2º e 3º do Provimento do CFOAB nº 200/2020 c.c. art. 4º, §1º da Resolução TEDSP nº 03/2022).

Todavia, o transcurso do prazo sem manifestação do(a) advogado(a), devidamente intimado(a), acerca da celebração do TAC, presume-se recusa aos seus termos e, portanto, o processo deverá ser julgado normalmente, conforme jurisprudência do CFOAB.¹¹⁷

116 Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/legislacao/resolucao-no-3-2022>. Acessado em 10 de dezembro de 2022.

117 Recurso n. 49.0000.2019.011408-9/SCA-PTU. Recorrentes: A.C.C.P. e F.J.S.M. (Advogado: Denis Otavio Dutra Barbosa OAB/MG 112.520). Recorrido: Diretor Geral do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais (IPSM), Eduardo Mendes de Sousa. (Advogados: Kércia Christianne Brandão Silveira OAB/MG 86.715, Patricia Grazielle Nastasy Maia OAB/MG 83.028 e outros). Interessado: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais. Relatora: Conselheira Federal Cláudia Lopes Medeiros (AL). EMENTA N. 016/2022/SCA-PTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Tempestividade aferida. Decisão definitiva e não unânime de Conselho Seccional da OAB. Recurso conhecido. **Publicidade imoderada. Confirmação da autoria e da entrega do panfleto de cunho irregular confirmada na própria defesa.** Ausência de provas inequívocas da individualização do endereçamento. **Conduta irregular. Violação aos preceitos éticos. Captação de Clientela. Inexistência de antecedentes disciplinares. Consulta acerca da aplicação do TAC formulada ao Órgão Especial do CFOAB não respondida até a presente data. Resultado que não influenciará no julgamento do processo porque que, apesar de notificados, os Recorrentes deixaram**

Ademais, segundo outro julgado do CFOAB, originário do Conselho Seccional da OABSP (julgado por votação unânime), a renúncia tácita acarreta, também, preclusão para postular o benefício posteriormente, o que se alinha com o art. 3º, §1º do Provimento do CFOAB nº 200/2020 c.c. art. 2º da Resolução TEDSP nº 03/2022.118

Oportuno, entretanto, citar a crítica pertinente do professor Biela Junior sobre a celebração do TAC em relação à publicidade irregular do(a) advogado(a), pois, no que pese a justificativa do CFOAB, de que o referido benefício serviria para desafogar os tribunais de ética locais, por constituir uma solução alternativa ao processo disciplinar, que além de constrangedora, em tese, atinge a jovem advocacia, que precisa de “orientação e não punição”¹¹⁹, por si sós, não se justificam por completo.

O primeiro ponto, acerca da quantidade de processos nos Tribunais locais, de uma certa forma é compreensível, pois, tomando como base apenas os processos ético-disciplinares do TEDSP, que é o maior do país, das Turmas da Capital e as descentralizadas, segundo relatório de Estatística Consolidada da OABSP, tivemos um acervo total de **31105**, somente de janeiro até novembro de 2022, sendo que, de **1033** penas aplicadas (com trânsito em julgado), **441** foram de Censura simples, Censura com multa e Advertência¹²⁰,

transcorrer o prazo. Recurso a que se nega provimento, para manter a condenação de censura convertida em advertência, em ofício reservado, sem anotação nos registros profissionais dos advogados representados. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Brasília, 1º de abril de 2022. Renato da Costa Figueira, Presidente em exercício. Cláudia Lopes Medeiros, Relatora. (DEOAB, a. 4, n. 828, 07.04.2022, p. 6) (grifamos)

118 “Recurso n. 25.0000.2021.000005-7/SCA-STU. Recorrente: M.A.P. (Advogado: Marcos Alves Pintar OAB/SP 199.051). Recorrido: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Federal Aniello Miranda Aufiero (AM). EMENTA N. 102/2021/SCA-STU. Recurso ao Conselho Federal da OAB (art. 75, EAOAB). [...] **Sanção disciplinar de censura. Art. 58-A, CED e Provimento n. 200/2020/CFOAB. Advogado notificado que deixa transcorrer o prazo sem manifestação. Presunção de recusa no interesse na celebração de TAC. Preclusão para postular o benefício posteriormente, visto que à parte não é lícito aguardar a sorte do processo disciplinar para postular o benefício somente se este vier a lhe ser conveniente.** Recurso não provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Segunda Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Brasília, 18 de outubro de 2021. Carlos Roberto Siqueira Castro, Presidente. Aniello Miranda Aufiero, Relator. (DEOAB, a. 3, n. 710, 20.10.2021, p. 15).” (grifamos).

119 Curso de ética profissional para advogados: de acordo com o Código de Ética, com o CPC e com as súmulas do Conselho Federal da OAB. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2022, pg. 157.

120 Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/corregedoria/estatisticas/ted-estatistica-consolidada-janeiro-a-marco-2022//>. Acessado em: 26 de janeiro de 2023.

ou seja, dentre as penas previstas no Estatuto (suspensão, censura e exclusão), quase a metade no ano de 2022, no geral, foram de censura.

No entanto, como muito bem pontuado pelo professor Biela Junior, a publicidade irregular não se circunscreve apenas ao *jovem advogado*, mas, sim, a advogado(a) e até mesmo sociedade de advogados, pequenos, médios ou grandes, já consolidados e reconhecidos no “mercado”, que, sem o menor pudor, mercantilizam a advocacia e usam a publicidade com o único objetivo de captação de cliente, o que é flagrantemente vedado pela legislação.

Por derradeiro, o professor argumenta que depois da publicidade irregular atingir um número indeterminado de pessoas pelos meios de comunicação, incluídas por óbvio as redes sociais, utilizando-se das formas e meios proibidos pelas normas da OAB (vide o quadro 4 acima), impossível, por meio do TAC, fazer cessar os efeitos ou se abster de praticar a infração e, o pior, o(a) advogado(a) já terá atingido seu objetivo, que é angariar e captar clientela.

Talvez, portanto, o referido benefício deva ser melhor pensado e, se o caso, excluída a previsão em relação a publicidade irregular, evitando-se que advogados(as) que agem dentro da legislação sejam prejudicados, pois, além do(a) advogado(a) infrator(a) ter atingido seu objetivo indevido, ele(a) ainda foi “premiado(a)” com um TAC, que, segundo apontado acima, resulta na (i) suspensão condicional do processo ético-disciplinar por três anos, (ii) suspensão da prescrição durante este período e, encerrado o prazo, (iii) o procedimento será arquivado, sem análise de mérito e sem registro nos assentamentos do(a) inscrito(a). Ou seja, no final das contas, estimular-se-á a “concorrência desleal” e se premiará os(as) advogados(as) infratores(as).

6. Conclusão.

Antes de iniciar o estudo sobre a publicidade da advocacia nas redes sociais, apresentamos uma breve diferenciação da publicidade, propaganda e do *marketing* no âmbito jurídico, que, em linhas gerais, nada mais são do que a utilização de ferramentas da Comunicação Social para divulgação dos serviços profissionais dos(as) advogados(as) nas mídias digitais disponíveis na atualidade.

Começando-se pela **publicidade**, com base nos conceitos previstos no Prov. 205/2021 do CFOAB, que são de observância obrigatórios aos(às) advogados(as), subdivididos em cinco pontos, quais sejam: a *publicidade* em geral; a *publicidade profissional*; a *publicidade de conteúdos jurídicos*, a *publicidade ativa e passiva*.

Porém, em qualquer dos tipos de publicidade acima citadas, a utilização dos meios de comunicação disponíveis não podem ser expressamente vedados pelo CED, além do

que, a publicidade, seja qual for sua espécie, deverá ter caráter meramente informativo e zelar pela discrição e sobriedade, sendo vedada a captação de clientela e mercantilização da profissão, sob pena do(a) advogado(a) infrator(a) incorrer em infração ética e sofrer processo disciplinar no Tribunal de Ética da OAB.

De outro lado, a **propaganda**, apesar de ser tratada indiscriminadamente como sinônimo de publicidade, traz em si uma forte dosagem de mercantilização e um meio de captação de clientela, tudo o que a legislação da OAB proíbe, pois a propaganda está mais atrelada à ideia de comércio ou mercantilização de produtos, alcançando um público maior e um aumento dos lucros dos empresários ou comerciantes, enquanto a publicidade é um tipo de informação mais discreta, sem alardes, para um público menor e direto, pressupondo a existência de interesse anterior, por menor que seja.

Portanto, como o(a) advogado(a) não vende qualquer tipo de produto, mas, sim, é considerado um profissional indispensável à administração da justiça e, em seu ministério privado, presta serviço público, de natureza técnica, singular e ainda exerce função social, tanto a legislação da OAB, como a jurisprudência disciplinar vedam a utilização da propaganda como meio de divulgação dos serviços da advocacia, inclusive sequer foi incluído esse tipo de comunicação social no atual Provimento do CFOAB (Prov. 205/2021), como existia menção expressa no revogado Prov. 94/2020. Existindo, entretanto, uma única exceção, que é a permissão regulamentar de utilização, com parcimônia, das técnicas da propaganda nas eleições diretas da OAB, o que não é objeto deste artigo.

Por outro lado, o **marketing jurídico** consistente simplesmente na utilização de estratégias planejadas para alcançar objetivos do exercício da advocacia e, também, uma importante ferramenta que criação e a divulgação de conteúdos jurídicos, disponibilizados por meio de ferramentas de comunicação, voltada para informar o público e para a consolidação profissional do(a) advogado(a) ou escritório de advocacia.

Todavia, no que pese ainda existir uma crença infundada na advocacia, de que as técnicas da publicidade e do *marketing* jurídico para divulgação dos serviços e conteúdos jurídicos da advocacia são vedadas pela OAB, ainda assim, demonstramos que isto não é verdade, porque a legislação atual expressamente permite o uso desses tipos de comunicação social para o alcance dos objetivos da advocacia e o sucesso profissional, no entanto, vale lembrar que tais técnicas não podem ser utilizadas como forma de captação de clientela ou mercantilização da profissão, sob pena de serem consideradas irregulares e acarretar a instauração de procedimento ético-disciplinar contra os(as) advogados(as) infratores(as).

Por conseguinte, antes de entrar propriamente no cerce da questão em estudo, conceituou-se os termos discrição e sobriedade no entendimento da advocacia, sendo o

primeiro uma característica de quem é discreto ou uma qualidade de quem é recatado e age com modéstia e reserva, sem atrair atenção ou cometer excessos, enquanto o segundo é uma qualidade ou condição de quem age com moderação e comedimento em suas aspirações, propósitos ou paixões, que atua sempre com parcimônia e temperança, bem como seriedade na maneira de falar, de apresentar ideias e de agir. Formando, portanto, termos indissociáveis e de consideração obrigatória para a advocacia.

Com isto, delimitou-se o campo de investigação deste artigo, pois apenas as redes sociais virtuais (ou "on lines") são objeto de estudo e, a título de exemplo, dividiu-se as redes sociais em categoriais, qual seja: redes de relacionamento (*Facebook, Instagram, Twitter* etc.), redes de mensagens instantâneas (*WhatsApp, Facebook Messenger, Telegram* etc.) e, por fim, as plataformas virtuais no *Metaverso*, que é uma realidade virtual imersiva e interativa que recria o nosso cotidiano como se fosse uma outra dimensão.

Assim, em um primeiro contato com esse tipo de tecnologia, em meados de 2007, a 1ª Turma Deontológica do TEDSP, ao julgar uma Consulta sobre o uso do "Second Life", que além de ser um jogo, constitui um ambiente virtual que oferece a possibilidade de fechar negócios com repercussão econômica e jurídica no mundo real, entendeu que abrir escritório de advocacia nesta plataforma feria a legislação da OAB, vigente naquela época (CED de 01/03/95 e Prov. 94/2000).

Posteriormente, com a revogação das antigas normas e promulgação das atuais, isto é, o CED de 04/11/2015 e Prov. 205 de 15/07/2021, ocorreu uma grande evolução da legislação e jurisprudência da OAB sobre o tema, admitindo-se, por exemplo, o uso do *Metaverso*, que se assemelha muito com o *Second Life*. Como, também, ampliando a possibilidade de uso de diversas outras redes sociais virtuais pela advocacia para divulgação de informações e conteúdos jurídicos, seja por meio da publicidade ou das técnicas do *marketing* jurídico, sem perder de vista, logicamente, o dever de observância às normas cogentes e imperativas da OAB sobre a matéria.

Com isto, a fim de melhor direcionar a advocacia, apresentamos dois quadros com resumos dos requisitos obrigatórios e facultativos de toda e qualquer publicidade nas redes sociais virtuais, meramente explicativos, tendo como base a legislação aplicável a cada item, que certamente evitarão desvios e/ou irregularidades das divulgações dos(as) advogados(as) de informações ou conteúdos jurídicos, seja qualquer for a modalidade empregada.

Também, ainda mais importante, apresentamos dois outros quadros com exemplos interessantes e atuais de publicidades nas redes sociais pela advocacia que são permitidas ou não pela legislação em vigor, sob pena de sujeitar o(a) advogado(a) infrator(a) às penas da lei. Portanto, antes de publicar qualquer informação ou conteúdo jurídicos nas redes sociais virtuais, independente do tema em análise, o(a) advogado(a) deverá, sem exceção,

se atentar ao permissivo ou vedação da legislação da OAB, não cabendo, entretanto, qualquer alegação de desconhecimento da norma correlata.

E, como forma de auxiliar a advocacia e acompanhar o avanço desenfreado da tecnologia, o Prov. 205/2021, criou o Comitê Regulador do *Marketing* Jurídico, que é um órgão consultivo vinculado à Diretoria do CFOAB, que tem a missão de pacificar e unificar a interpretação das regras afetas ao *marketing* jurídico e publicidade perante os Tribunais de Ética e Comissões de Fiscalização da profissão, incumbindo ainda, alterar, atualizar, suprimir ou incluir novos critérios e propostas de alteração do citado Provimento, inclusive, existe um *site* exclusivo do Comitê para receber sugestões, dúvidas e denúncias, sendo vedado o anonimato. O que demonstra a preocupação do CFOAB em acompanhar as mudanças e inovações tecnológicas da sociedade, que, se usadas com sabedoria e respeito aos princípios básicos e fundamentais da advocacia, só têm a contribuir com o aprimoramento e sucesso pessoal e profissional dos(as) advogados(as).

Como nem tudo são flores! Certamente existem desvirtuamentos de publicidades da advocacia nas redes sociais virtuais, apesar de existir uma consolidada e minuciosa legislação sobre a matéria, que começa pelo exagero da superexposição da rotina profissional dos(as) advogados(as) nas redes sociais, a começar, principalmente, pela publicação desenfreada de *storys*, *lives* e *posts* no *Instagram*, acerca de audiências, julgamentos no tribunal do júri, diligências em delegacias, fóruns etc., muitas vezes com referência ou menção expressa a decisões judiciais e resultado de qualquer natureza, relativos ao caso em que atuam, o que é totalmente proibido pela legislação.

Conforme aventado no presente artigo, não há qualquer vedação de se publicar a vida profissional diária nas redes sociais virtuais, desde que se observe com rigor os preceitos normativos que regem toda e qualquer publicidade da advocacia, em especial, a distinção, sobriedade e o caráter meramente informativo, evitando-se, completamente, atitudes que denotam a captação de clientela e a mercantilização da advocacia.

Como um exemplo de claro desvirtuamento da publicidade da advocacia, a 1ª Turma Deontológica do TEDSP, refutou completamente o uso de *influencer* para divulgação dos serviços advocatícios e conteúdos jurídicos nas redes sociais, dado o exclusivo intuito de angariar causas ou captar clientes, com a intervenção de terceiro (aqui enquadrado o *influencee*), independente ou não de participação nos honorários a receber, caracterizando-se, inquestionavelmente, a mercantilização da advocacia e obtenção de vantagem profissional indevida sobre os demais colegas.

Ainda sobre este tópico, condenou-se o uso do *TikTok*, *Snapchat* e similares para publicidades da advocacia, posto que, essas redes sociais têm forte apelo comercial, inclusive podem remunerar financeiramente ou não os(as) usuários(as) que publicam com

regularidade e têm grande número de seguidores, o que não se coaduna com as normas cogentes e impositivas da OAB. Todavia, até o momento, o TEDSP ou o CFOAB não se manifestaram expressamente sobre o uso de tais redes sociais, encontrando-se, por analogia, apenas um Provimento da OAB de Minas Gerais que, expressamente, proíbe esses tipos de ferramentas digitais pela advocacia.

Ocorrendo, pois, qualquer irregularidade ou desvirtuamento da publicidade da advocacia nas redes sociais, o(a) advogado(a) infrator(a) estará sujeito(a) a implicações e consequências desagradáveis previstas na legislação, que tem o efeito pedagógico de corrigir e disciplinar os(as) profissionais para que não mais incorram em tais práticas, iniciando-se pela abertura de Representação Disciplinar, seja ela de ofícios pelas autoridades da OAB ou mediante a representação de qualquer pessoa ou autoridade interessada, que poderá culminar com instauração de processo ético-disciplinar, que observará todas as garantias processuais constitucionais desde o primeiro momento até o deslinde do feito.

Por fim, destacou-se que o CFOAB estipulou no CED a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC, quando o fato apurado não tiver repercussão negativa à advocacia, cujo objetivo é fazer cessar a publicidade irregular de advogados(as) e estagiários(as), pois, em regra, a pena aplicável a esse tipo de infração ética é a pena de Censura, exceto diante da reincidência infracional que poderá acarretar a suspensão do(a) profissional, justificando-se a medida para desafogar os TED's locais e, ainda, por se tratar de infração com maior incidência na *jovem advocacia*.

No entanto, sem embargo de entendimentos em contrário, levantou-se uma crítica acerca da celebração do TAC nesta hipótese, porque, muitas vezes, a publicidade irregular advém, em verdade, de advogados(as) ou de sociedade de menor até grande porte, já amplamente consolidados e reconhecidos no "mercado", que utilizam da publicidade tão somente para captar clientela e, depois de lançada a publicidade irregular a um número indeterminado de pessoas, já terá atingido seu objetivo, que é angariar e captar clientes. Portanto, infelizmente, as benesses do TAC (suspensão condicional da Representação por três anos, suspensão da prescrição durante este período e o arquivamento do processo, sem análise do mérito e sem registro nos assentamentos dos advogados ou advogadas), só contribui para fomentar a *concorrência desleal* e premiar o(a) infrator(a). Deste modo, sugeriu-se uma melhor reflexão do CFOAB sobre a previsão do TAC para os casos de publicidade irregular.

7. Bibliografia.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

MEDINA, PAULO ROBERTO GOUVÊA. **Publicidade profissional e ética do advogado**. Artigo publicado no *site* do CFOAB, em 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/139>. Acessado em: 12 de janeiro de 2023

PIOVEZAN, Giovani Cássio e Gustavo Tuller Oliveira Freitas (organizadores). **Estatuto da Advocacia e da OAB comentado**. Curitiba: OABPR, 2015.

SOLTANOVITCH, RENATA. **Captção de clientela e publicidade**. *E-book*, São Paulo – agosto/2022, 1ª ed. Disponível em: <http://www.vicenteveirasoltanovitch.adv.br/livro/captacao-de-clientela-e-publicidade>. Acessado em: 15 de março de 2023.

_____. **Como divulgar de forma ética. Publicidade, redes sociais e marketing ético**. *E-book*, São Paulo – agosto/2018. 1ª ed. Disponível em: <http://www.vicenteveirasoltanovitch.adv.br/livro/como-divulgar-de-forma-etica-publicidade-redes-sociais-e-marketing-etico>. Acessado em: 15 de março de 2023.

_____. **Do processo disciplinar – OAB**. *E-book*, São Paulo – agosto/2020
1ª ed. Disponível em: <http://www.vicenteveirasoltanovitch.adv.br/uploads/file/2020/08/do-processo-disciplinar-oab.pdf>. Acessado em: 15 de março de 2023.

_____. **Limites éticos do marketing jurídico**. *E-book*, São Paulo. 2018, 1ª ed. Disponível em: <http://www.vicenteveirasoltanovitch.adv.br/livro/limites-eticos-do-marketing-juridico>. Acessado em: 15 de março de 2023.

VALE JUNIOR, Lincoln Biela de Souza. **Curso de ética profissional para advogados: de acordo com o Código de Ética, com o CPC e com as súmulas do Conselho Federal da OAB**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2022.

Sites consultados:

CFOAB: <https://www.oab.org.br/> (normas e jurisprudência)

OABSP: <https://www.oabsp.org.br/pagina-inicial> (Tribunal de Ética e Disciplina)

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: A FALTA DE AMPARO JURÍDICO NO BRASIL E SUA VIOLAÇÃO AO DIREITO DA MULHER.

EVILYN EDUARDA SOUZA DA SILVA:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis.

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

RESUMO: Este artigo teve como objetivo realizar uma revisão narrativa de estudos sobre violência obstétrica. Para isso, abordou-se o conceito de violência obstétrica, os marcos legais, o aumento de casos nos últimos anos, a falta de amparo do ordenamento jurídico e o entendimento de que essa violência fere também o direito sexual e reprodutivo da mulher, como o da dignidade da pessoa humana. Após a revisão das pesquisas realizadas sobre o assunto, constatou-se que há um consenso em relação ao conceito de violência obstétrica no Brasil, embora as notícias e evidências indiquem que esta prática ocorra. Os dados apontam que a necessidade de uma análise jurídica e uma criminalização é necessário. Consideram-se necessárias visando a reduzir a integrações desnecessárias e as violações aos direitos das mulheres.

Palavras-Chave: Violência contra mulher, violência no parto, violência obstétrica, dignidade humana.

ABSTRACT: This article aimed to carry out a narrative review of studies on obstetric violence. For this, the concept of obstetric violence, the legal frameworks, the increase in cases in recent years, the lack of legal support and the understanding that this violence also violates women's sexual and reproductive rights, such as the of the dignity of the human person. After reviewing the research carried out on the subject, it was found that there is a consensus regarding the concept of obstetric violence in Brazil, although the news and evidence indicate that this practice occurs. The data indicate that the need for a legal analysis and a criminalization is necessary. They are considered necessary in order to reduce unnecessary integration and violations of women's rights.

Keywords: Violence against women, violence during childbirth, obstetric violence, human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O ato de gerar uma criança em seu ventre é um dos momentos mais aguardados, importantes e felizes na vida de uma mulher, sendo o parto um dos momentos mais aguardados por todas, porém a violência sofrida nesse período da vida tem tornado o que

era para ser um momento de muita alegria em um momento de muita dor, humilhação e sofrimento.

A violência obstétrica tem ganhado no decorrer dos anos, cada vez mais visibilidade midiática, porém o mais preocupante é que muitas mulheres ainda não sabem reconhecer quando sofrem esse tipo de violência e muitas vezes tem medo de denunciar as autoridades.

Alguns países da América Latina tomaram a iniciativa de tentar combater este problema latino, onde originaram a legislação específica sobre o tema, como forma de punir os autores de tal crime.

Temos como exemplo, a Venezuela que possui a Lei Orgânica sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência (Ley Orgânica sobre el derecho delas mujeres a una vida libre de violencia), promulgada em 2007, também temos o país da Argentina, que possui a Lei nº 25.929, Lei do Parto Humanizado, promulgada em 2004 e a Lei 26.485 de 2009, denominada como a Lei de proteção integral para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra as mulheres nas áreas em que desenvolvem suas relações interpessoais e no México possui a lei federal denominada de Lei geral sobre o acesso das mulheres a uma vida livre de violência de fevereiro de 2007.

Após tais regulamentações, mulheres passaram a se sentir mais confiantes e passaram a denunciar os abusos sofridos e aqueles que cometeram tais atos começaram a ser devidamente punidos.

A ausência de lei específica sobre o tema no Brasil, e a realização de tais práticas criminosas nos ambientes hospitalares, sendo este ambiente público ou privado tem feito com que a violência obstétrica aumente cada vez mais.

2 A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil ainda não possuímos legislação específica em âmbito federal sobre o tema em estudo, ao contrário dos países como a Argentina, México e Venezuela.

Pela falta de legislação específica, as violações dos direitos parturientes têm sido amparadas pela esfera cível, utilizando a responsabilidade civil, como a reparação de danos prevista no artigo 186 do Código Civil aplicada em conjunto com o artigo 927 do mesmo código.

No âmbito Penal, em casos mais graves, tendo como exemplo a manobra de Kristeller e a episiotomia, é enquadrado como crime de lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal.

A violência obstétrica é uma violência contra a mulher, onde é praticada pelos profissionais da saúde, pelo desrespeito, abusos e maus-tratos durante a gestação ou no momento do parto, seja de forma psicológica ou físico, gerando vários traumas às mulheres.

O autor pode ser qualquer profissional da saúde, médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem ou qualquer outro profissional que preste algum tipo de assistência na unidade de saúde e também às falhas estruturais de clínicas e hospitais públicos ou particulares, causa a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. A violência obstétrica pode acontecer antes do parto, durante o parto e após o parto.

Em uma pesquisa realizada no ano de 2010 pela Fundação Perseu Abramo intitulada "Mulheres brasileiras e Gênero nos espaços público e privado" (FPABRAMO, 2013), mostrou que uma entre quatro mulheres sofre pelo menos um tipo de violência durante o parto.

Mesmo diante de um alto índice o Brasil ainda é omissos quanto a falta de regulamentação legislativa o que acaba gerando uma certa impunidade pela impossibilidade de denúncias.

A pesquisa "Nascer no Brasil: inquérito nacional sobre o parto e o nascimento", é um estudo de base hospitalar com abrangência nacional, coordenado pela Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP-Fiocruz), com participação de renomadas instituições públicas de ensino e pesquisa, identificou excesso de intervenções no parto e nascimento, apontando um modelo assistencial marcado por intervenções desnecessárias e muitas vezes prejudiciais, expondo mulheres e crianças a doenças. Mais da metade das mulheres tiveram episiotomia, 91,7% ficou em posição de litotomia no parto, quando as evidências recomendam posições verticalizadas; a infusão de ocitocina e ruptura artificial da membrana amniótica para aceleração do trabalho de parto foi utilizada em 40% das mulheres e 37% foram submetidas à manobra de Kristeller (pressão no útero para a expulsão do bebê), procedimento agressivo e que traz consequências deletérias para a parturiente e seu bebê.

A violência obstétrica é considerada como violência de gênero, por se dirigir especificamente a mulheres e permear relações de poder desiguais na nossa sociedade. A violência Obstétrica ocorre também nas Instituições de Saúde, lesionando seu direito sexual e reprodutivo, que são protegidos pela Constituição Federal de 1988, são relacionados ao conceito de autodeterminação sexual, que retrata a liberdade do indivíduo de fazer suas próprias escolhas em relação ao seu corpo e a sua sexualidade, causando a perda da capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando na qualidade de vida das mulheres.

É o tratamento desumanizado conferido às mulheres no parto. Apesar de não haver lei específica, os atos entendidos como violações dos direitos das gestantes e parturientes podem ser enquadrados em crimes já previstos na legislação brasileira, como lesão corporal e importunação sexual, por exemplo.

Ao contrário da União, ao menos 18 estados e o Distrito Federal possuem algum tipo de legislação sobre o tema – 8 contra violência obstétrica e 10 sobre parto humanizado. Porém, por não fazer parte do Código Penal e não haver lei federal que trate do assunto, não há previsão de prisão, nestes casos.

Na Câmara dos Deputados, há alguns projetos sobre o tema em tramitação, o mais recente é deste ano, que foi apresentado por 13 deputadas de diversos partidos. O Projeto de Lei é o de nº 190/23, onde tem o plano de alterar o Código Penal para tornar crime a conduta do profissional de saúde que ofende a integridade física ou psicológica da mulher durante o período da gravidez (gestação, parto e pós- parto). A pena prevista, nesse caso, é de 1 a 5 anos de reclusão e multa. A proposta ainda será despachada para análise pelas comissões permanentes da Câmara.

Apesar de não possuímos legislação diretamente para o crime de Violência Obstétrica, quando denunciadas o judiciário se utiliza de nossas leis para julgar o caso, como a lei do vínculo à maternidade, onde a gestante tem o direito de saber qual maternidade dará à luz e conhece-la antes da data do parto, desde o ato da sua inscrição no programa de assistência pré- natal, em qual maternidade realizará o parto e será atendida nos casos de intercorrência. (Lei do vínculo à maternidade – lei nº 11.634/ 2007).

Temos também a lei do direito ao acompanhante, que está em vigor desde 2005, onde nos traz que a grávida tem o direito de ser acompanhada por qualquer pessoa de sua vontade, durante sua permanência no estabelecimento de saúde. (Lei do direito ao acompanhante – lei nº 11.108/ 2005, lembrando sempre que quem escolhe o acompanhante é a parturiente (mulher que está em trabalho de parto ou que acabou de dar à luz) e pode ser homem ou mulher e não precisa ser o pai da criança.

O Ministério da Saúde é o órgão que define protocolos e procedimentos a serem utilizados nos estabelecimentos de saúde, sendo estes públicos ou privados, onde segundo a Portaria 569/2000 – Institui o Programa de Humanização no Pré- Natal e Nascimento, no âmbito do SUS – prevê o direito de atendimento digno, humanizado e de qualidade na gestação, parto e puerpério e traça princípios gerais e condições para o adequado acompanhamento do pré- natal e para a adequada assistência ao parto.

Todas as grávidas tem que estar ciente dos riscos que correm e do tratamento que deve receber nos hospitais e, caso não o recebendo, poderá denunciar as más práticas na

Secretaria de Saúde do seu Município ou na ouvidoria da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em caso de ser beneficiária de plano de saúde; denunciar quem praticou violência obstétrica nos conselhos de classe e promover na justiça ação para reparação dos seus danos materiais, estéticos e/ou morais.

3 TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTRÉTICA

Atualmente, mulheres possuem mais facilidade em identificar quando está sendo vítima de violência obstétrica, porém antigamente pela falta de informações e muitas vezes, medo, muitas mulheres acabava sofrendo calada e sem as informações correta.

O importante, é as mulheres entender seus direito e, entender que a violência obstétrica não é apenas cortes na hora do parto, possuem diversos tipos de violência obstétrica, os casos mais comuns são: Maus tratos; xingamentos; mandar ficar quieta, não se mexer, não expressar dor, não gritar; recusa de admissão em hospital ou maternidade (fere a Lei 11.634/07); proibição da entrada de acompanhante (fere a Lei 11.108/2005); recusa em esclarecer dúvidas da paciente; uso de soro com ocitocina para acelerar trabalho de parto por conveniência médica, quando o trabalho de parto está evoluindo adequadamente (ocasiona processo doloroso de contrações não fisiológicas); toques sucessivos e por várias pessoas; deixar a mulher nua e sem comunicação; raspar os pelos pubianos; lavagens intestinais; impedir a mulher de se alimentar ou ingerir líquido; amarrar as pernas e braços da mulher; afastar mãe e filho após nascimento só por conveniência da instituição de saúde; impedir ou dificultar a amamentação materna; realizar episiotomia rotineira (quando no parto vaginal é realizado o "pique", corte da musculatura perineal da vagina até o ânus ou em direção à perna, com o objetivo de aumentar a área de acesso do obstetra ao canal vaginal de parto) porque a prática é recomendável entre 10 a 25% dos casos; manobra de Kristeller (o profissional se coloca sobre a mulher e pressiona sua barriga empurrando o bebê pelo canal vaginal para sua saída mais rápida); ruptura artificial da bolsa como procedimento de rotina; realização de cesarianas desnecessárias, sem o consentimento da mulher ou apenas por conveniência do médico.

A Episiotomia (ou "pique") de rotina é o corte na região do períneo, entre a vagina e o ânus, feito com o intuito de ampliar o canal do parto para facilitar a passagem do bebê no parto. Ela é usada com o objetivo de evitar uma possível laceração (ou "rasgo") irregular.

No Brasil esse procedimento passou a ser utilizado de forma rotineira, sem uma avaliação da sua real necessidade, explica o obstetra Hemmerson. Portanto, quando a episiotomia é feita como rotina, ou seja, sem a reflexão sobre a real necessidade, pode ser considerada uma má prática médica. Se for sem o consentimento, ainda pode ser classificada como violência obstétrica.

Após a Episiotomia, uma das violências obstétricas que pode ocorrer é o famoso ponto "do marido", há relatos de médicos que fazem a sutura do corte maior do que necessária, para deixar a entrada da vagina mais estreita. Esse procedimento já chegou a ser chamado de "ponto do marido", pois é feito com o intuito de supostamente aumentar o prazer do homem nas relações sexuais pós-parto. Isso pode causar dor e desconforto à mulher e, por isso, configura uma prática violenta.

Também ocorre quando acontece a episiotomia é a famosa Manobra de Kristeller, que se trata de um procedimento que consiste em pressionar a parte superior do útero para acelerar a saída do bebê. Ele pode levar a traumas tanto no bebê quanto na mãe.

É direito da mulher ter um parto humanizado, já que o parto humanizado acontece quando a mulher não é submetida a violências, nenhum procedimento é rotineiro, as intervenções acontecem somente quando necessárias e a mulher participa das decisões em parceria com os profissionais que a assistem. A assistência humanizada pode acontecer tanto no parto vaginal, quanto na cirurgia cesariana, seja em casa ou no hospital.

4 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição Federal brasileira, sendo a dignidade considerada valor constitucional supremo e, por isso, sendo utilizada como diretriz das normas e do sistema de direitos fundamentais. A dignidade propriamente dita não é um direito, mas sim um valor, valor este que é intrínseco a todo ser humano, independentemente de sua idade, de sexo, de condição social ou de quaisquer outros fatores, assim sendo, não há que se pensar em pessoa com mais dignidade que outra, pois todos a possuem como uma mesma qualidade inerente.

Esse valor intrínseco deve ser respeitado pela comunidade que cerca o indivíduo e o Estado tem papel decisivo em sua defesa, pois ele deve trabalhar para a sua promoção e cuidado, o fazendo através do resguardo dos direitos e dos deveres que garantam o seu pleno exercício, como dispõe a Constituição Federal do Brasil, em seu art. 1, inciso III, onde retrata sobre a dignidade humana.

Analisando-se a Violência Obstétrica sob a perspectiva dos conteúdos essenciais da dignidade humana apresentados por Barroso, pode-se inferir que todos são, em algum ponto, violados. Pelos relatos anteriores, o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, que está relacionado a direitos fundamentais como os direitos à vida, à igualdade, às integridades físicas, moral e psíquica, é violado quando do abuso obstétrico.

Como exemplo dessa violação direta, pode ser citar os procedimentos de caráter invasivo realizados sem indicação devida - caracterizadores da violência física - que podem

resultar em graves problemas de saúde ou mesmo óbito, o que atinge diretamente os direitos à vida e à integridade física.

Nos casos em que ocorrem a violência psicológica, sexual e institucional, os direitos fundamentais às integridades moral e psíquica e o direito à igualdade são atingidos, vide o tratamento desigual, muitas vezes valorado por questões econômicas, sexuais, de cor de pele ou educacional das gestantes.

O princípio da igualdade também não é respeitado no que diz aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, pois, devido a nossa sociedade patriarcal, o exercício da sexualidade feminina é criticado, de forma que transparece na maneira como são tratadas as gestantes, inúmeras vezes sendo assediadas, subjugadas e humilhadas, em atos que chegam a transparecer até mesmo o sadismo.

5 CONCLUSÃO

O objetivo central deste trabalho de conclusão de curso foi o de analisar se realmente seria necessária uma nova tipificação penal para penalizar os agentes causadores da violência obstétrica no Brasil, a partir de uma análise geral da violência contra a mulher.

A violência obstétrica é algo tão natural no cotidiano hospitalar, que é difícil enxergar essa prática como violência e mais difícil ainda como violência de gênero, mas como a gravidez é um fato fisiológico, que ocorre apenas nos seres que nasceram com o sexo feminino, é portanto, uma violência contra a mulher e conseqüentemente é uma violência de gênero.

Entretanto, é preciso lembrar que o problema da violência obstétrica vai muito além da conduta dos agressores, pois, conforme já fora elucidado, ele é apenas uma das faces de um todo muito mais preocupante, a saúde pública brasileira que padece pela falta da devida atenção por parte dos órgãos públicos.

É preciso ir além da letra fria da lei, faz-se necessária uma reeducação dos profissionais envolvidos e uma conscientização da mulher quanto aos seus direitos e garantias bem como quanto às informações que precisa estar ciente para assim fazer a melhor escolha para si e para o seu filho, baseada em evidências científicas sólidas longe do senso comum imposto pela sociedade e comunidade médica.

Tal problemática só poderá ser resolvida a partir do momento que começar a ter uma pena mais severa aos agressores, onde será necessário, a realização da lei específica, para que os mesmos, entenda a gravidade da situação, para isso será necessário um investimento com seriedade na política nacional de humanização do parto.

Também importante destacar, a necessidade de uma vinculação visceral com a medicina baseada em evidências, pois, tudo que se fala hoje em dia a respeito de humanização do nascimento está ligada às pesquisas mais modernas sobre os procedimentos realizados no nascimento e no parto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

JUÁREZ, DIANA Y OTRAS. **Violencia sobre las mujeres :herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios/Diana Juárez y otras; edición literaria a cargo de Ángeles Tessio.** - 1a ed. - Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Lei garante à gestante o direito a acompanhante durante o trabalho de parto, o parto e pós-parto.** Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/julho/lei-garante-a-gestante-o-direito-a-acompanhante-durante-o-trabalho-de-parto-o-parto-e-pos-parto>>. Acesso em: 02 de Maio de 2023.

Nascer no Brasil. **Inquérito Nacional sobre parto de nascimento.** Disponível em: https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/?us_portfolio=nascer-no-brasil>. Acesso em: 10 de Maio de 2023.

ODEN, Michel. **Violência obstétrica: uma abordagem crítica.** São Paulo: Editora Juris, 2020.

SPACOV, Lara Vieira, SILVA, Diogo Severino Ramos. **Violência Obstétrica: Um olhar jurídico desta problemática no Brasil.** Derecho y Cambio Social. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bib. Publicado em 01/01/2019. Acesso em 25 de abril de 2023.

O ÁLCOOL E SUA INFLUÊNCIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

JULIA MARA FELIX SOUZA:
graduanda do curso de Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: Neste presente trabalho venho mostrar um pouco da realidade de muitas famílias brasileiras. Tem o intuito de comoção de gestores dos órgãos públicos, a terem interesse na causa do alcoolismo e sua forte influência na violência doméstica, trazendo para esse projeto pensamentos de estudiosos e seus pontos de vista sobre o assunto em questão. A evolução dos tempos e suas novas formas de lidar com a dependência do álcool e a proteção da mulher em especial.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Alcoolismo. Vítima.

ABSTRACT: In this present work I come to show a little of the reality of many Brazilian families. It is intended to move managers of public bodies to take an interest in the cause of alcoholism and its strong influence on domestic violence, bringing to this project the thoughts of scholars and their points of view on the subject in question. The evolution of times and their new ways of dealing with alcohol dependence and the protection of women in particular.

Palavras-chave: Domestic violence. Alcoholism. Victim

Sumário: 1. Introdução. 1.1. O consumo de álcool leva ao crime. 1.2. A relação deve ser contingente ou explicada por uma associação de causa comum. 2. Implicações do alcoolismo na violência doméstica. 3. Fundamentos da Lei Maria da Penha. 3.1. Proteção da mulher vítima de violência doméstica. 4. A violência e suas consequências. 4.1. A família tradicional brasileira. 5. Conclusão Final e Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa repensar a figura do agressor não apenas como autor do crime, o que ele realmente é, mas principalmente imaginar o agressor privado não só de punição, mas, principalmente de tratamento devido a essa dependência/doente. Tendência, que uma vítima/agressor precisa de uma política estadual interdisciplinar para solucionar o problema.

Nesse aspecto, penso no agressor da violência doméstica como alguém que também é autflagelador, reproduzindo um sistema de “simbiose” de adversidade com a vítima, que por sua vez também acredita que o problema da violência está associado ao álcool.

A relação entre violência e uso de álcool é complexa. Mas mesmo sem uma causalidade simples e unilateral, vários modelos teóricos são propostos para entender esse fenômeno.

1.2. O CONSUMO DE ÁLCOOL LEVA AO CRIME

O álcool causa crime, principalmente por suas propriedades psicofarmacológicas. De uma perspectiva biológica, alguns dos efeitos do alcoolismo, incluindo distorções cognitivas e perceptivas, déficits de atenção, mau julgamento de uma situação e alterações neuroquímicas, podem induzir ou estimular o comportamento violento. A intoxicação crônica pode levar à agressão por meio de fatores como privação de sono, privação do funcionamento neuropsicológico prejudicado e associação com transtornos de personalidade.

1.3. A RELAÇÃO DEVE SER CONTINGENTE OU EXPLICADA POR UMA ASSOCIAÇÃO DE CAUSA COMUM.

O segundo modelo assume que a relação álcool-violência decorre de causas comuns, como personalidade, alcoolismo familiar, fatores genéticos, traços de temperamento, relacionamentos ruins com os pais, transtorno de personalidade antissocial e qualquer ambiente social que possa contribuir para o crime e o alcoolismo.

2. IMPLICAÇÕES DO ALCOOLISMO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O álcool comprovadamente causa diminuição dos impulsos nervosos, sonolência, desatenção, desconcentração, alterações na percepção, no nível sensorial, no tempo de reação, na coordenação geral, além de afetar o psicológico e a autodeterminação (HOFFMANN; CARBONELL; MONTORO, 1996). Os efeitos da utilização de bebidas alcoólicas variam de uma pessoa para outra de acordo com determinadas variáveis, principalmente aquelas atinentes as características pessoais físicas e psicológicas do consumidor. Sobressaltando os efeitos do consumo do álcool, Tiba (2002, p.269) informa:

Os efeitos do álcool no organismo e na psique surgem rapidamente após a ingestão. Em pequenas quantidades, o álcool produz sensação de bem-estar, euforia, desinibição, loquacidade, taquicardia, ruborização, aumento de pressão arterial. O usuário já não tem tanto controle de seu comportamento, que começa a se tornar inadequado e incontrolável.

Conforme aumenta o nível de álcool no sangue, crescem-se os sinais psíquicos e pioram os efeitos físicos, sobrevivendo um quadro geralmente depressivo, com aumento da agressividade, já não há total controle motor. Se o nível de álcool continuar aumentando pode ocorrer coma.

Martins e Nascimento (2017) apontam uma estreita relação entre o consumo de álcool e a violência doméstica de forma ampla, não somente contra mulheres. Conforme os autores, os fatores preponderantes para esse tipo de violência relacionam a utilização de bebida alcoólica, a escolaridade, a pobreza e o desemprego. Concluindo seus levantamentos, no contexto específico da violência doméstica contra mulheres, os autores mencionam que:

Outro ponto de destaque analisado é a relação entre violência doméstica e álcool. O uso do álcool está presente como um fator associado à violência. Como exposto pelo I e II Levantamento Domiciliar realizados pelo Cebrid, em 2002 e 2005, respectivamente, o consumo do álcool é apontado como um facilitador, presente no agressor, na maioria das vezes o homem, antes da situação de violência. (MARTINS; NASCIMENTO, 2017, p.117)

Nesse sentido, ao estimar a violência física entre parceiros íntimos e examinar a associação entre a violência e uso de álcool, concluo sobre a necessidade de políticas públicas em torno do problema das agressões entre parceiros motivada por uso de substâncias alcoólicas.

A OMS, por sua vez, define o alcoolista como um bebedor excessivo em que a dependência em relação ao álcool é acompanhada de perturbações mentais, da saúde física, da relação com os outros e do comportamento tanto social quanto econômico. Importante ter em mente que nem todas as pessoas estão igualmente propensas a se tornar dependentes do álcool; para que ocorra a dependência alcóolica, é fundamental que haja vulnerabilidade e suscetibilidade em relação à dependência, que são fomentadas por condições biológicas, psicológicas, sociais e ambientais.

Interessante falar dos sintomas psicológicos que o consumo excessivo do álcool provoca, para que possamos vincular o comportamento do agressor com a violência doméstica; caracterizam-se dois elementos principais, a saber: a alteração do comportamento face ao álcool, a perda de controle e o desejo intenso de consumi-lo. Ainda nos efeitos causados pelo uso excessivo do álcool, os sintomas psíquicos, que acarretam na ansiedade, irritabilidade e humor depressivo, que não são visivelmente identificados, mas que demasiado afetam a convivência do indivíduo agressor.

Jellinek criou um conceito para descrever a perda do controle, que ajudou muito na compreensão da dependência alcóolica, pois um dos principais fenômenos da dependência é a dificuldade de controle. Outro fenômeno da dependência é o desejo obsessivo e intenso de consumir o álcool (craving).

Babor, foi o primeiro a descrever os sintomas do alcoolismo familiar, cuja dependência classificou como mais grave, com uma maior frequência de associação com outras drogas e morbidade psicopatológica, em que os fatores de risco na infância são maiores, como comportamentos agressivos e impulsividade, situação em que já existe a pré-disposição e o comportamento interiorizado.

3. FUNDAMENTOS DA LEI MARIA DA PENHA

Antes de verificar a importância da Lei Maria da Penha para prevenção violência doméstica é indispensável compreender o contexto que justifica a criação deste mecanismo de proteção especial às mulheres, incitando a necessidade da discriminação positiva como medida necessária a asseguarção da dignidade humana que é o fundamento maior do direito brasileiro.

O modelo de Estado adotado pelo Brasil implica em obrigações específicas de proteção aos indivíduos de forma ampla, a dignidade da pessoa humana é o valor fundante de nossa República, e por isso o ordenamento jurídico nacional se orienta no sentido de garantir a todos uma vida digna, destacando direitos civis e políticos e provendo condições para o desenvolvimento social, cultural e econômico de seu povo, afim de efetivar a dignidade humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

O valor mencionado como autonomia individual é bastante salutar no contexto do presente estudo, pois diz respeito ao exercício da autonomia e liberdade dos indivíduos que não pode ser obstado, o que necessariamente adentra no contexto das discussões sobre a violência contra a mulher, pois muitas vezes isso retira dela o seu direito à liberdade e livre escolha, observe:

A autonomia é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade. (BARROSO, 2015, p.287)

3.1. PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMESTICA

No Brasil, de acordo com dados da Organização das Nações Unidas para as Mulheres (ONU Mulheres), o país está em quarto lugar no ranking mundial em relação a violência contra a mulher e sendo o quinto lugar em relação ao feminicídio (VIEIRA RP, et al, 2020).

Mesmo diante das problemáticas envolvidas em torno do consumo de bebidas alcoólicas, há uma permissibilidade social quanto a sua utilização, como bem alude Varella (2015, online)

“O álcool nem sequer é considerado uma droga que causa dependência física e psicológica por grande parte da sociedade. Sua venda é livre e ele integra a cultura atual ligada ao lazer e à sociabilidade”.

O consumo de bebida alcoólica gera uma série de consequências naquele que aingere sob as quais a pessoa não tem controle, e por isso merece atenção e cuidado, são implicações advindas do consumo que variam de acordo com cada indivíduo e quantidade ingerida. As consequências também são por vezes suportadas por aqueles com quem a pessoa convive, a exemplo da agressividade e outros comportamentos que atingem diretamente a vida e segurança das pessoas próximas, as quais não podem ficar sem o devido amparo a sua segurança.

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos e a satisfação das necessidades humanas, não há como o tal Estado de firmar senão através de políticas e leis que assegurem tais direitos e garantias. Para ofertar aos indivíduos um convívio social mais harmônico e seguro criaram-se as leis para regulamentar a conduta humana em sociedade, de modo que direitos e deveres sejam respeitados e o bem comum tutelado de forma suprema (NUCCI, 2016).

A determinação da proteção por policiais e delegados é uma medida administrativa que segue os mesmos ditames da prisão em flagrante e por isso não há nenhuma inconstitucionalidade, ao contrário, o afastamento compulsório do agressor é medida cogente para proteção do direito maior à vida e a dignidade humana, os quais não podem ser colocados em risco por falta de autoridade judicial ou delegado (NUCCI, 2019).

Neste sentido, a ideia é preservar a integridade e dignidade da vítima, considerando que a tempestividade da medida pode ser fundamental para assegurar as condições de segurança. Ademais, com a notificação obrigatória da autoridade judicial, e possibilidade desta manter ou revogar a medida decretada pelo delegado ou policial, resguarda-se a necessária judicialização.

Empreende-se uma reflexão para compreender intuitivamente em que condições é possível tratar o agressor/dependente, desfragmentar a construção social enxertada na vítima, no agressor e na sociedade como um todo, por meio da ordem pública, do envolvimento da saúde autoridades, o envolvimento da comunidade, uma vez que o alcoolismo provoca desagregações familiares, sociais e económicas e agrava o problema da violência doméstica.

4. A VIOLÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

As consequências da violência doméstica podem ser identificadas em diversos níveis e instâncias da vida social. A procura de serviços médicos em decorrência de danos variados à saúde física e mental, queda na produtividade no trabalho, demandas para o sistema de justiça, insatisfação nos relacionamentos conjugais e desenvolvimento de relações prejudiciais e disfuncionais aos indivíduos e famílias são algumas delas.

A violência psicológica é pouco divulgada é a violência que não deixa marcas físicas, mas cicatrizes psicológicas que destroem a autoconfiança da vítima por toda a vida. O agressor usa de meios como a discriminação, humilhação para coibir a vítima. Essa violência é a mais difícil de ser identificada e suas consequências podem chegar até o suicídio.

Assim, a intervenção nas situações de violência, especialmente a que acontece no âmbito familiar, tem sido tarefa destinada não só às esferas jurídica, policial e psicossocial.

A identificação do fenômeno bem como seus reflexos em termos de sofrimento e adoecimento é questão que também se apresenta aos profissionais da área de saúde, os quais pela natureza do próprio trabalho têm condições, em muitos casos, de identificar, acolher e orientar as vítimas (Ministério da Saúde, 2010; Schraiber & D'Oliveira, 2003).

Minayo e Deslandes (2009) afirmam:

“O setor saúde tem sido, com todas as suas limitações, um campo pioneiro e estratégico para a identificação das situações, do cuidado às vítimas e de produção reflexiva e crítica sobre este fenômeno”.
(p.1642).

4.1. A FAMÍLIA TRADICIONAL BRASILEIRA

Os estudos apontam que, o principal agressor da mulher está no seio de seu próprio lar, pode ser ele o pai, irmão, marido ou mesmo os filhos. É fato também que, por motivos culturais e econômicos a mulher durante anos sofreu violência e não a denunciaram as autoridades, para que esse ato parasse ou que alguma alternativa criminal fosse tomada.

Os conflitos estão presentes em todas as relações, sejam estas de trabalho sociais e principalmente no âmbito familiar, sendo frequentemente usados como sinônimo de violência, devido ao fato que muitas vezes a diferença de opinião, que deveria ser natural, resulta em um ato violento.

O problema da violência doméstica está diretamente relacionado ao patriarcado, à hierarquia dos homens em relação às mulheres, que ainda predomina nos tempos modernos. Não se trata apenas de aplicar a letra fria da lei, pois já foi comprovado que ela não funciona, mas também de compreender o problema para lidar de forma adequada e eficaz com a vitimização e a hierarquização do problema da violência que assombra Ambas. vítima e agressor.

Nesse contexto, os homens em busca de poder e status social devem reafirmar constantemente seu papel social, sua masculinidade, defender seu espaço, seja nas relações pessoais ou na forma de se posicionar no mundo que leva ao conflito .

Um homem desempregado se sente impotente porque está sendo privado do papel primordial de arrimo do lar que determina sua masculinidade que ameaça a hierarquia doméstica. Assim fazendo uso de álcool para amenizar a frustração a qual se encontra, tornando isso um vício diário em consequência, acumulado com a violência doméstica, para que assim se sinta mais potente e no comando de seu lar.

O álcool tem sua ligação forte com a maioria dos casos de violência doméstica, onde as vítimas sempre queixam de como o álcool deixa seus companheiros agressivos e irados, assim levando a tal ato de violência.

O enfrentamento à violência contra mulher começa na conscientização dos nossos direitos e da violência sofrida, passa por formar uma rede de apoio que possa ajudar quando preciso na ação que dará um basta no relacionamento abusivo.

Diante deste conjunto, vítima da violência de gênero, aos poucos a mulher vai perdendo a autoestima e, dessa forma, responsabiliza-se por todo tipo de agressão sofrida, aceitando a realidade na qual se encontra inserida, acomodando-se a relação e não vislumbra uma separação, nomeadamente quando envolve os filhos. Essa concepção, também atribuída ao imaginário coletivo, permanece cristalizada na desigualdade entre os

sexos; desse modo, culpabiliza-se a mulher pelas agressões sofridas, ao considerar-se que ela as provoca ou as estimula.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho intentou demonstrar a importância e necessidade da proteção das mulheres vítimas de violência doméstica familiar, considerando especialmente os casos de violência familiar impulsionados pela utilização de bebida alcóolica.

O estudo mostra a família como base da sociedade e principal responsável pelo desenvolvimento humano, exigindo a necessidade de proteger nesse sentido em constante evolução. Por isso, a forma do direito encarar os problemas e conjunturas familiares se alterou ao longo dos anos, e numa das mudanças, possibilitou-se trazer à público discursões que antes ficavam adstritas a esfera privada, como é o caso da agressão às mulheres.

A Lei Maria da Penha surge na proposta de efetivar direitos e garantias fundamentais às mulheres, a exemplo da cidadania e dignidade humana, bases fundamentais do Estado Democrático de Direito. A discriminação positiva se justifica no histórico de abusos e várias formas de violência que a mulher suportou e suporta ao longo dos anos, é que na atualidade não têm mais espaço e necessita de adoção de medidas eficazes na defesa e preservação dos direitos e integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

REFERÊNCIAS

BABOR TF, HOFMANN M, DELBOCA FK et al. Types alcoholics. 1. **Evidence for na empirically derived typology based on indicators of vulnerability and severity.** Arch Gen Psych, 1992. 49(8):599-608.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: **os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOFFMANN, Maria Helena; CARBONELL, Enrique; MONTORO, Luis. **Álcool e segurança - epidemiologia e efeitos.** Psicol. cienc. prof., v.16 n.1 Brasília,1996. Acesso em maio de 2023.

JELLINEK EM. **The disease concept of alcoholism.** New Brunswick: Hillhouse Press, 1960.

MARTINS, Aline Gomes and NASCIMENTO, Adriano Roberto Afonso do. **Domestic violence, alcohol and other associated factors:** a bibliometric analysis. Arq. bras. psicol. [online]. 2017, vol.69, n.1, p. 107-121. Disponível em: . Acesso em maio de 2023.

MINAYO, M.C.de S.; SOUZA, E. R. de; SILVA, M. M. A. da; ASSIS, S. G. de. **Institucionalização do tema da violência no SUS: avanços e desafios. Ciência & Saúde Coletiva**, v.23, n.6, p.2007-2016, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo.** Revista Consultor Jurídico, maio/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>>.. Acesso em maio de 2023. 35

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TIBA, Içami. **Juventude e Drogas: anjos caídos.** São Paulo: Integrare, 2007.

VARELLA, Drauzio. **Ação e efeitos do álcool.** Portal Drauzio Varella, 2015.

VIEIRA RP, et al. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: **o que isso nos revela?** Ver BrasEpidemiol, 2020; 23: e200033.

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASOS EM QUE AS VÍTIMAS SÃO MULHERES TRANSEXUAIS

MARCOS BRUNO OLIVEIRA DA SILVA:
Graduação em Direito pela Faculdade de
Rondônia-FARO¹²¹

RESUMO: O presente trabalho trás luz à uma questão atual de grande relevância que envolve casos de violência doméstica e família contra a mulher, com atenção à decisão do Superior Tribunal de Justiça que pela primeira vez se manifestou quanto à possibilidade de aplicação da lei maria da penha às mulheres trans, afastando-se o conceito meramente biológico do que vem a ser mulher. Abordaremos, resumidamente, a distinção entre sexo biológico e gênero, a possibilidade de retificação do nome civil, bem como do gênero, sem que isso obrigue a pessoa a submissão à cirurgia de transgenitalização. Concluiremos com a demonstração do acertado posicionamento do STJ ao julgar o Recurso Especial nº 1.977.124, trazendo nova interpretação ao art. 5º da Lei Maria da Penha, aplicadno-a aos casos de violência praticada no âmbito doméstico contra mulheres trans, diante da inexistência de qualquer impedimento trazido pela lei, não cabendo ao interprete realizar essa restrição.

PALAVRAS-CHAVE: Lei maria da penha, violência doméstica, mulheres trans.

ABSTRACT: The present work brings light to a current issue of great relevance that involves cases of domestic and family violence against women, with attention to the decision of the Superior Court of Justice that, for the first time, manifested itself regarding the possibility of applying the Maria da Penha law to women. trans women, moving away from the purely biological concept of what a woman is. We will discuss, briefly, the distinction between biological sex and gender, the possibility of rectifying the civil name, as well as the gender, without this obliging the person to submit to the reassignment surgery. We will conclude with the demonstration of the correct position of the STJ when judging Special Appeal nº 1.977.124, bringing a new interpretation to art. 5 of the Maria da Penha Law, applying it to cases of domestic violence against trans women, given the absence of any impediment brought by the law, and it is not up to the interpreter to carry out this restriction.

KEY WORDS: Maria da Penha Law, domestic violence, trans women.

INTRODUÇÃO

121 E-mail: Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia-FARO

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em 05/04/2022, no julgamento do REsp 1.977.124/SP, que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que protege as mulheres vítimas de violência doméstica, pode ser aplicada para mulheres transexuais.

Essa foi a primeira vez que o STJ julgou o tema, e a partir de então ela servirá de precedente para que outros tribunais sigam o mesmo entendimento.

Os ministros analisaram o recurso apresentado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo após uma decisão do respectivo Tribunal de Justiça, que negou medidas protetivas de urgência, previstas na lei Maria da Penha para uma mulher transgênero.

O recurso foi apresentado após o Tribunal de Justiça de São Paulo entender que a norma protetiva prevista na lei 11.340/2006 deveria ser aplicada exclusivamente aos casos de violência doméstica ou familiar contra pessoas do sexo feminino.

Por unanimidade, os ministros da sexta turma concordaram que o artigo 5º da lei Maria da Penha caracteriza a violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ato ou inação baseado no gênero, mas que isso não inclui os aspectos biológicos.

1.LEI MARIA DA PENHA Nº11.340/2006

Qualquer que seja o estudo relacionado ao princípio da igualdade e a Lei 11.340/06 deve-se ser antes de tudo, estudar a Constituição Federal, para que seja analisado e seja coerente para tal real comparação, descobrindo assim, no que a Lei está sendo lógico com o princípio ou se está indo contra o mesmo.

Segundo o art. 1º da Lei 11.340/2006:

Art. 1. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8 do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Está mais do que expresso que a lei visa prevenir e coibir a violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico e familiar.

A Lei nº 11.340/2006 foi editada, passando a ser conhecida como a Lei Maria da Penha, tudo isso para homenagear a biofarmacêutica, Sra. Maira da Penha Maia Fernandes, que em 1983 foi vítima de duas tentativas de homicídio, praticadas por seu ex-marido, Marco Antônio Herredia, professor universitário, em quem sua primeira ação foi dar um tiro e ela ficou paraplégica, vindo logo após a tentativa de eletrocutá-la. Após as tentativas de homicídio, a biofarmacêutica começou a atuar como militante de movimentos sociais contra violência da mulher.

Ribeiro (2013, p. 62) dispõe que:

O caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA - Organização dos Estados Americanos - que tem como missão analisar as petições relacionadas à violação de direitos humanos. Em agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo CEJIL - Comitê Latino Americano e do Caribe para a defesa dos direitos da mulher CLADEM.

Assim, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência familiar praticada diversas vezes por seu marido, como a violência era incansável culminou em uma tentativa de homicídio que lhe causou paraplegia irreversível (FREITAS, 2010).

Em que pese a lei em sua origem seja destinada exclusivamente à violência contra a mulher, não se podem tapar os olhos à nova realidade social que bate à porta do judiciário. Embora haja discussão a respeito das novas temáticas e estéticas ligada à liberdade sexual e a diversidade de gênero, as problemáticas advindas do referido tema não tem sido resolvidas pelo direito. A ausência de solução imediata pode ser atribuída ao fato de que a análise do caso concreto depende de uma análise interdisciplinar, o que seria uma novidade a ser encarada pelo mundo jurídico.

Com fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, surge a possibilidade de um indivíduo ser sujeito de direitos sem gênero e um laço familiar livre daquele biológico, libertando-o da tradicional diferenciação de sexos e da convencional naturalização do parentesco. Diante dessas ideias, a ordem jurídica não pode continuar o seu funcionamento baseado exclusivamente na divisão binária dos gêneros e no conceito de que família é apenas aquela heterossexual.

Acompanhando essa evolução, a Lei Maria da Penha (11.340/2006) tratou de cuidar da violência baseada no gênero, o que restou expresso em seu art. 5º. Vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

Ainda, oportuno registrar que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4275/DF, já se posicionou quanto à possibilidade do transgênero alterar seu registro de nascimento, sem que para isso deva submeter-se à cirurgia de transgenitalização. Vejamos:

Os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil.

STF. Plenário. ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018 (Info 892).

Dessa forma, diante do constante no art. 5º da Lei 11.340/2006, de sua aplicação em razão do gênero, bem como, o reconhecimento pela Corte Suprema do nosso país, quanto à possibilidade de alteração do nome do indivíduo para o seu nome social, sem que haja a necessária cirurgia de transgenitalização, devendo ser respeitado o gênero o qual o ser humano se reconhece socialmente, tem-se que o mesmo reconhecimento deve ser dado à aplicação da Lei 11.340/2003 (Lei Maria da Penha), uma vez que esta foi clara ao destacar que sua direção seria aos casos de violência doméstica em razão do gênero e não do sexo biológico do indivíduo.

Considerando que a Lei Maria da Penha surgiu com o objetivo de proteger as mulheres vítimas de violência ocorridas no ambiente doméstico, há de se concluir que tais problemas decorrem daqueles advindos da própria família em si.

2. CONCEITO DE SEXO E GÊNERO

Segundo Maria Berenice Dias (apud SILVA, 2015, p. 12), gênero é a consequência da submissão da mulher sob o homem nas relações de desigualdades.

“[...] Ao homem sempre coube o espaço público. A mulher foi confinada nos limites da família e do lar, o que ensejou a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor; outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão. A essa diferença estão associados papéis ideais atribuídos a cada um: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função.”

Silva (2015, p. 12) dispõe sobre:

A mulher sempre foi relegada a um segundo plano, posicionada em grau submisso, discriminada e oprimida, quando não escravizada e objetivada. [...] na Antiguidade e no Medievo, onde apenas o homem poderia ser sujeito de direitos e detentor de poderes”.

Ainda, na mesma ideia de Silva (2015, p. 13) descreve quanto a gênero quanto:

[...] institui a identidade do sujeito (assim como a etnia, a classe, ou a nacionalidade, por exemplo) pretende-se referir, portanto, a algo que transcende o mero desempenho de papéis, a ideia é perceber o gênero fazendo parte do sujeito, constituindo-o. No que tange a diferença entre homens e mulheres imposta pela sociedade: [...]

Continuando com a Silva (2015, p. 13) “[...] gênero é: 1º um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os dois sexos e 2º um primeiro modo de dar significados às relações de poder”.

Diante disso, existem muitas diferenças que podem ser entendidas quanto ao conceito de gênero, onde sua evolução é perceptível.

Ademais, oportuno destacar a diferenciação existente entre os termos transgênero, transexual e identidade de gênero, facilitando a compreensão e a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha aos referidos casos.

Transgênero pode ser entendido como a pessoa possuidora de características sexuais físicas diferentes das psíquicas, ou seja, trata-se do indivíduo que não se reconhece pelo seu gênero giológico. Em outras palavras, o transgênero entende que nasceu no corpo errado. Exemplificando: a menina nasceu como menina, mas ela se sente como se um menino fosse. Assim, tem-se que o transgênero tem seu sexo biológico, todavia, sente-se como fosse do sexo oposto, esperando ser aceito e reconhecido como tal.

Transexual, da mesma forma, não se identifica com seu sexo biológico, ou seja, embora possua características físicas de um determinado sexo, esta destoa das características psíquicas. Embora muito semelhantes, inclusive sem uniformidade científica a respeito, a diferença entre transgênero e transexual pode ser classificada da seguinte forma: a) transgênero quer poder ser reconhecido e se expressar como do sexo oposto ao do seu nascimento, mas não sente a necessidade de modificar sua autonomia; b) transexual: deseja poder ser reconhecido e se expressar como sendo do sexo oposto, inclusive modificando sua autonomia (seu corpo), por meio dos métodos medicinais

adequados e disponíveis, como a terapia hormonal e/ou cirurgia de redesignação sexual (transgenitalização).

Já no que tange à identidade de gênero, esta pode ser entendida como a forma como alguém se sente e deseja ser reconhecida no meio social, por outras pessoas, não importando qual seja o seu sexo biológico. Sobre o referido tema, segue a Nota Informativa das Nações Unidas:

Uma pessoa transgênero ou trans pode identificar-se como homem, mulher, trans-homem, trans-mulher, como pessoa não-binária ou com outros termos, tais como hijra, terceiro gênero, dois-espíritos, travesti, fa'afafine, gênero queer, transpinoy, muxe, waria e meti. Identidade de gênero é diferente de orientação sexual. Pessoas trans podem ter qualquer orientação sexual, incluindo heterossexual, homossexual, bissexual e assexual. (Nota Informativa das Nações Unidas. Disponível em [https://unfe.org/system/unfe-91-Portugese TransFact FINAL.pdf?platform=hootsuite](https://unfe.org/system/unfe-91-Portugese%20TransFact%20FINAL.pdf?platform=hootsuite)).

Dessa forma, para os interesses da discussão desse trabalho, a mulher transexual e transgênero pode ser conceita como aquela que, embora tenha nascido com aparelho reprodutor masculino, não se reconhece na figura de um homem, sendo sua identidade de gênero a feminina, sendo reconhecida como mulher, devendo, portanto, ser tratada como uma.

3.VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Foi aprovado pelo Departamento para a Igualdade de Oportunidades, em 28 de outubro de 2010, o primeiro Plano Nacional Contra a Violência de Gênero. O problema principal tem sido a implementação da lei que rege a formação das forças policiais, destacando a necessidade de criação de abrigos às vítimas de violência doméstica, além de centros de apoio a essas mulheres. Debate-se que a saúde reprodutiva das mulheres, tem sido a Lei n. 40/2004, sendo esta restrita para modificar as intervenções dos tribunais, sejaa pelo Tribunal Constitucional, quanto pelos tribunais inferiores.

Considera-se que a violência de gênero tem sido diferente quando engloba as formas diversas de violência praticadas no âmbito doméstico, sendo quase irrisória a violência praticamente da mulher contra o homem, em comparação a praticada pelo homem contra a mulher.

O principal meio em que ocorre a violência contra a mulher ocorre no ambiente doméstico, razão pela qual, muitas vezes vezes a expressão violência contra a mulher é utilizada como sinômica da violência doméstica.

A ideia de que a violência de gênero descrita na Lei Maria da Penha é destinada exclusivamente àquela mulher do sexo feminino deve ser alterada, para atingir também àquelas que embora biologicamente homens, consideram-se do gênero feminino.

4.DECISÃO DO STJ

Sabe-se que proteção da Lei Maria da Penha, sendo uma lei especial para as mulheres, é visto que as pessoas que se enxergam se comportam e vivem como mulheres, e até mesmo nascem com o sexo feminino, tem sofrido violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, sendo esta por parte de parentes, companheiros ou conviventes. A presente proposição tem se acrescentado no art. 2º da Lei Maria da Penha devido à expressão "identidade de gênero", permitindo assim, aplicabilidade a transexual e transgêneros, identificando como mulheres (SENADO FEDERAL, 2017).

Clama-se que a Lei Maria da Penha traz o significado quanto à cultura e pertinência temporal, não cessando a mudança dos costumes sociais, convergido para aceitar a identidade de gênero, levando à percepção da violência sofrida por transexuais e transgêneros, quando identificadas como mulheres, são vistas como feminina, cuja tarefa do legislador tem sido em estender a proteção legal às pessoas na condição (BRASIL, 2017).

Conforme pontuado em linhas pretéritas, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em 5/4/2022 que a Lei 11.340/2006 pode ser aplicada para a proteção de mulheres transexuais.

Foi o primeiro caso que a Corte do Superior Tribunal de Justiça enfrentou sobre essa matéria.

O fundamento do julgamento deu-se na questão de que sexo biológico é diferente de gênero e essa é a interpretação que deve ser dada ao artigo 5º da Lei 11.340/2006, abrangendo todo o gênero feminino, incluindo-se mulheres transexuais.

O ministro Rogério Schietti destacou em seu voto que a aplicação da Lei deve ser estendida às mulheres transgêneros que se definem e se identificam como mulheres.

A ministra Laurita Vaz ponderou que a discriminação é de gênero. A mulher trans é agredida, em regra, especificamente por sua condição de mulher. O crime contra a mulher trans é praticado no mesmo contexto cultural que conduziu o legislador a editar a Lei Maria da Penha, cuja premissa fundamental é o repúdio à violência doméstica e familiar, baseada no gênero.

A Subprocuradora-Geral Raquel Dodge ressaltou a ADI 4275 do Supremo Tribunal Federal, em que o ministro Alexandre de Moraes afirma que: "*Os transexuais são pessoas*

que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao próprio sexo". Esta Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, serviu de apoio para a análise e julgamento do caso em questão, segundo a Subprocuradora-Geral.

Conclui-se que não obstante a decisão do Superior Tribunal de Justiça não ser aplicável a todos os casos semelhantes em discussão no Judiciário, a tendência é que haja uma pacificação sobre o assunto e a redução da insegurança jurídica existente.

CONCLUSÃO

Mulheres trans e travestis são, independente de características biológicas, sujeitos que se identificam com o gênero feminino.

Os acontecimentos atuais, que envolvem a violência, busca de direitos, e novas formas de relacionamentos conjugais, justificam o presente estudo. Investiga-se a aplicabilidade do tema em lide ao dispositivo legal aos casos de casais homoafetivos, em foco delimitado do universo amostral aos casais de orientação de gênero diversos à aqueles constatados biologicamente, uma vez que a lei não inclui esse público de forma explícita, sua demanda é invocada por verossimilhança já que as pessoas não se posicionam por seu sexo biológico e sim por sua orientação de gênero.

E sendo assim, há que se considerar visto que a jurisprudência reconhece tais pessoas com sua orientação de gênero ao mesmo público feminino que se propõe medida protética ao texto legal citado, havendo controvérsias de entendimento quanto a aplicabilidade, o que divide opiniões dos patronos envolvidos nas lides demandantes.

REFERÊNCIAS

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.652/10**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Relator Edevard José de Araújo. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/inc_social_lgbtt/Legislacao_LGBTT/resolucao_CFM_1955.pdf>

BRASIL. **Constituição (1988)**. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Ática, 1990.

BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.

BRASIL. LEI Nº 11.340/2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/1004/lei/l11340.htm>.

BRASIL. SENADO FEDERAL **PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 191**, DE 2017. Parte integrante do Avulso do PLS nº 191 de 2017.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**. Feminismo como subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Transexual pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer a cirurgia de transgenitalização**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/12780ea688a71dabc284b064add459a4>>.

CORREA, Fabrício. **Lei Maria da Penha, uma questão de gênero. Portal Atualidades do Direito**. Artigo publicado em 22 de outubro de 2013 17:13. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/10/22/lei-maria-da-penha-uma-questao-de-genero/>>

DIAS, M. B. **A efetividade da Lei Maria da Penha**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 15, n. 64, p. 297-312, janeiro-fevereiro de 2007, p. 309.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Afiliada, 2007.

FERREIRA, Adriano de Assis. Postagens de Introdução ao Direito. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://introducaoaoDireito.info/wp/?p=634>>

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Novas Leis de Violência Doméstica Contra a Mulher**, 2010.

GOMES, Laura Nayara Gonçalves Costa. **A Aplicação Da Lei Maria Da Penha Ao Gênero Feminino**. Lex Magister, São Paulo, 2012. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_23343224_A_APLICACAO_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_A_O_GENERO>.. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulherelei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homemeem-outra-mulher/>> Acesso em: 16/05/2018.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998

MINUZZI, Mateus Ciochetta. **Aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino e às relações homoafetivas.** Disponível em: <https://mateusminuzzi.jusbrasil.com.br/artigos/118288535/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas/>> Acesso em 10/05/2018.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.

Nota Informativa das Nações Unidas. Disponível em https://unfe.org/system/unfe-91-Portugese_TransFact_FINAL.pdf?platform=hootsuite. Acesso em 26/10/2018.

RIBEIRO, Dominique de Paula. **Violência contra a mulher: aspectos gerais e questões práticas da Lei n. 11.340/2006.** 1 ed. - Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely de Souza. **Violência de gênero: poder e impotência.** Rio de Janeiro, Revinter, 1995.

SILVA, Adriano Alves da. **Vulnerabilidades.** Centro Universitário De Brasília – Uniceub Instituto Ceub De Pesquis E Desenvolvimento BRASÍLIA.2015. p.6 – 43.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher?:** São Paulo: Brasiliense, 2003, p.11.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULO

LIGIA NOLASCO: advogada.¹²²

Resumo: O presente artigo objetiva a apresentação de pontos básicos para uma fundamentação atualizada sobre o tema alienação fiduciária de veículo. O estudo procura apresentar conceitos sobre a prática em tela, valendo-se de dizeres jurídicos, conceitos e leis vigentes. Por fim, percebe-se que o uso de decisões judiciais pode auxiliar no entendimento e aplicação correta da alienação fiduciária de veículo.

Abstract: This article aims to present basic points for an updated foundation on the subject of fiduciary alienation of a vehicle. The study seeks to present concepts about the practice in question, using legal sayings, concepts and current laws. Finally, it is clear that the use of judicial decisions can help in the understanding and correct application of the fiduciary alienation of a vehicle.

Sumário: 1. Introdução. 2. Referências Legais. 3. Referências Bibliográficas. 4. Jurisprudências. 5. Conclusão.

1.Introdução

A alienação fiduciária de veículo é uma modalidade de garantia utilizada em operações de crédito, em que o bem dado em garantia permanece em posse do devedor, mas a propriedade é transferida ao credor até o pagamento integral da dívida. É um instituto jurídico complexo, que envolve diversas normas e jurisprudências.

2.Referências Legais

A alienação fiduciária de veículo está prevista na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), em seu artigo 1.361, que dispõe que "o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, alienável em garantia de dívida, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o devedor possuidor direto e depositário do bem".

A Lei nº 9.514/1997 também regulamenta a alienação fiduciária de imóveis, mas suas disposições são aplicáveis subsidiariamente à alienação fiduciária de veículos. Além disso, a Resolução nº 320/2009 do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) regulamenta o registro da alienação fiduciária no Certificado de Registro de Veículo (CRV).

122 E-mail: contato.nolascoadv@gmail.com

3.Referências Bibliográficas

Entre os principais autores que abordam a alienação fiduciária de veículos, destacam-se Fabio Ulhoa Coelho, Paulo Nader e Carlos Roberto Gonçalves.

De acordo com Fabio Ulhoa Coelho, em sua obra "Curso de Direito Comercial", a alienação fiduciária é um negócio jurídico em que a propriedade do bem é transferida ao credor fiduciário, mas a posse é mantida pelo devedor. Ele explica que a alienação fiduciária de veículos é regulada pela Lei nº 10.406/2002, que prevê a constituição da garantia mediante contrato escrito, com registro no órgão competente e na repartição de trânsito.

Paulo Nader, em sua obra "Curso de Direito Civil", também aborda a alienação fiduciária de veículos, explicando que a garantia é constituída pelo registro do contrato no órgão de trânsito competente, que transfere a propriedade resolúvel ao credor. Ele destaca que, em caso de inadimplemento, o credor fiduciário pode retomar o bem, sem necessidade de ação judicial.

Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra "Direito Civil Brasileiro", trata da alienação fiduciária em geral, explicando que se trata de uma garantia real que permite ao credor fiduciário apropriar-se do bem em caso de inadimplemento. Ele destaca que a alienação fiduciária de veículos é uma das modalidades mais comuns no mercado de crédito, por sua praticidade e segurança.

4.Jurisprudências

Diversas decisões judiciais tratam da alienação fiduciária de veículos, sendo que as mais relevantes são as do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que uniformiza o entendimento em todo o país.

Em um caso julgado pelo STJ (REsp 1.804.102), a discussão envolvia a validade da cláusula que permitia ao credor reter o veículo após o pagamento integral da dívida, até a emissão do CRV em nome do devedor. O tribunal entendeu que essa cláusula é abusiva, pois viola a boa-fé objetiva e a função social do contrato, já que impede o devedor de usufruir plenamente do bem quitado.

Outro caso relevante julgado pelo STJ (REsp 1.743.665) diz respeito à possibilidade de cobrança de multas de trânsito pelo credor fiduciário. O tribunal entendeu que a cobrança é ilegal, pois as multas são de responsabilidade do proprietário do veículo, que continua sendo o devedor fiduciante enquanto não quitada a dívida.

5.Conclusão

A alienação fiduciária de veículo é uma modalidade de garantia que envolve diversas normas e jurisprudências. É importante que os envolvidos nas operações de crédito estejam cientes dos direitos e deveres que decorrem desse instituto, a fim de evitar problemas e conflitos. A literatura jurídica e as decisões judiciais podem ser úteis para a compreensão e aplicação correta da alienação fiduciária de veículos.

Bibliografia:

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

BRASIL. **Conselho Nacional de Trânsito (Contran). Resolução nº 320, de 15 de julho de 2009. Dispõe sobre o registro de contratos de financiamento de veículos no órgão de trânsito e dá outras providências**. Disponível em: http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/RESOLUCAO_CONTRAN_320.pdf. Acesso em: 06 mar. 2023.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.804.102. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 17/11/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120711492&num_registro=201901008465&data=20201120&formato=PDF. Acesso em: 06 mar. 2023.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.743.665. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 05/03/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86211461&num_registro=201701700081&data=20190305&formato=PDF. Acesso em: 06 mar. 2023.

ACESSO À JUSTIÇA E NOVAS TECNOLOGIAS: O IMPACTO DO USO DOS MEIOS DIGITAIS NA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

LUCIANE LEÃO DE SOUZA:

Assessora Jurídica de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Constitucional.

RESUMO: O presente estudo objetiva pesquisar o impacto do uso da inteligência artificial (IA) e das novas tecnologias digitais, a exemplo dos sistemas empregados para penhora *online* e dos aplicativos de videoconferência, para a efetivação do acesso à justiça. Para tanto, optou-se por conduzir esta pesquisa valendo-se de uma abordagem hipotético-dedutiva, com o intuito de analisar as causas que motivaram a evolução das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) visando à efetivação da justiça. A técnica de pesquisa empregada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de doutrina e legislação, aliada a uma abordagem hipotético-dedutiva permitindo concluir que não obstante as ferramentas, plataformas digitais jurídicas e sistemas de IA tenham ganhado maior destaque com a pandemia da Covid-19, já são uma tendência em todo o mundo e ao que tudo indica, vieram para ficar e ajudar a desafogar o judiciário, tornando os procedimentos mais céleres.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Novas Tecnologias. Ferramentas eletrônicas. Inteligência Artificial.

ABSTRACT: The present study aims to investigate the impact of the use of artificial intelligence (AI) and new digital technologies, such as the systems used for online attachment and videoconferencing applications, for effective access to justice. Therefore, it was decided to conduct this research using a hypothetical-deductive approach, with the intention of analyzing the causes that motivated the evolution of Information and Communication Technologies (ICTs) aiming at the effectiveness of justice. The research technique employed was bibliographical research, through the analysis of doctrine and legislation, combined with a hypothetical-deductive approach, allowing to conclude that despite the tools, legal digital platforms and AI systems have gained greater prominence with the Covid pandemic -19, are already a trend all over the world and, by all indications, are here to stay and help relieve the burden of the judiciary, making procedures faster.

Keywords: Access to Justice. New technologies. Electronic tools. Artificial intelligence.

1- INTRODUÇÃO

Não é preciso grande expertise para diagnosticar que a Revolução Industrial tangencia importantes transformações, sejam elas no campo social, econômico e tecnológico, impondo à sociedade novos padrões de consumo e produção de bens e serviços. Por certo, com o advento da Revolução Industrial 4.0 não há de ser diferente, dando continuidade ao processo evolutivo, seja das relações puramente humanas, seja das relações humanas com as máquinas e algoritmos, a inteligência artificial é uma realidade, se fazendo presente de forma definitiva, firmando-se como nova necessidade e tendência também no universo jurídico.

Um dos grandes desafios dos Estados Democráticos de Direito, no que diz respeito ao acesso à justiça, é garantir a celeridade na prestação jurisdicional, entendida esta como o acertamento do direito e a satisfação desse direito.

Os meios eletrônicos que surgiram e surgem com o avanço tecnológico inquestionavelmente são ferramentas que tornam possível uma prestação jurisdicional mais célere.

Este artigo se propõe, portanto, a responder o seguinte problema de pesquisa: qual o impacto do uso dos meios digitais para que o direito de acesso à justiça se efetive?

Visando responder ao questionamento proposto, o presente estudo objetivou pesquisar o impacto do uso da inteligência artificial (IA) e das novas tecnologias digitais, a exemplo dos sistemas empregados para penhora *online* e dos aplicativos de videoconferência, para a efetivação do acesso à justiça.

O tema deste estudo, de forma despretensiosa, convida a uma analítica análise acerca das tecnologias disruptivas, incluindo a inteligência artificial e a internet das coisas, como colaboradoras nas relações jurídicas.

Busca-se demonstrar que o processo eletrônico, introduzido pela Lei n. 11.419, de 19.12.2006, está inserido nas graduais e profundas mudanças da gestão dos processos judiciais no Brasil – exemplo significativo de como a Tecnologia da Informação (TI) pode tornar mais eficiente e transparente a prestação jurisdicional, exigindo repensar o acesso à Justiça – garantia fundamental constitucional –, conforme versa o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Em termos positivos, é preciso reconhecer a eficiência do processo eletrônico, que contribuiu para a continuidade – em tempos de isolamento social – da prestação jurisdicional, permitindo, ainda, a criação de sessões virtuais assíncronas, o julgamento virtual síncrono, a sessão de conciliação não presencial (por videoconferência) e a realização da audiência de custódia à distância e adoção do “balcão virtual” (BRASIL, 2020;

BRASIL, 2021) – ações de inovação judiciária que dependem da democratização do acesso à internet e de equipamentos mínimos de tecnologia para o jurisdicionado brasileiro, de acordo com as mais recentes Resoluções do CNJ.

Para tanto, optou-se por conduzir esta pesquisa valendo-se de uma abordagem hipotético-dedutiva, com o intuito de analisar as causas que motivaram a evolução das TICs visando à efetivação da justiça. A técnica de pesquisa empregada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de doutrina e legislação, aliada a uma abordagem hipotético-dedutiva.

2- ACESSO À JUSTIÇA E AS NOVAS TECNOLOGIAS

O Estado tradicionalmente, através do poder judiciário, é a instituição imperativa cuja responsabilidade é solucionar os conflitos advindos das relações interpessoais e por assegurar o exercício do direito. Para Marasca (2013), observa-se que o poder jurisdicional estatal enfrenta uma crise advinda da grande demanda judicial ao longo do tempo.

As demandas judiciais têm tido um aumento absurdo e o excesso de processos é a causa principal da morosidade do sistema judiciário. Segundo a revista Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), os números de novos casos em 2019 foram de 19.579.314 (FARIAS; MASCARENHAS, 2020).

A principal premissa está no fato de a informatização do judiciário ser uma política pública de notável relevância e, como tal, precisa considerar determinados *standards* que se aplicam à Justiça em todos os seus segmentos, independentemente de qual seja sua competência ou grau de jurisdição (PLATAFORMA AGENDA, 2030). Cada vez mais a informatização do judiciário ganha em destaque e vem recebendo boa recepção entre os profissionais do direito.

Em larga medida, entende-se que houve uma institucionalização do processo eletrônico, principalmente com a adoção pelo CPC da prática de atos processuais de forma eletrônica e com os julgamentos virtuais (plenário virtual e sessões virtuais) nas Cortes Superiores e nos Tribunais, inclusive com a possível (e futura) adoção de recursos tecnológicos – por algoritmos – no auxílio da prestação jurisdicional, o que também nos apresenta dois desafios comuns: a despersonalização no julgamento e a eficiência da administração judiciária (MITIDIERO, 2021).

Diante disso, o tema é atual e pertinente no que concerne ao aprimoramento e à efetividade nas políticas de informatização do processo judicial em meio a um acesso à Justiça, sob o modelo tecnológico. Ainda, vale destacar que a aplicação de novas tecnologias, inclusive as disruptivas, tem por norte a modernização e ampliação do acesso à Justiça – uma tendência mundial via sistemas eletrônicos, à semelhança do Processo

Judicial eletrônico (PJe) brasileiro, como, por exemplo, as iniciativas canadense (*Civil Resolution Tribunal*), estadunidense (*Public Access to Court Electronic Records – PACER*), portuguesa (CITIUS, utilizado no Processo Civil comum ordinário quando da devida atualização do Código de Processo Civil), italiana (Proceso Civil e Telemático), austríaca (ERV/webERV) e chinesa (CHINA, 2020).

De fato, o sistema de Justiça tem obtido êxito na criação de um arcabouço regulador que objetiva fomentar a implementação de inovações que visam majorar a qualidade da prestação de serviços judiciais aos cidadãos, ao passo que o processo, como instrumento para a efetivação do acesso à ordem jurídica justa, deve acompanhar o desenvolvimento das novas tecnologias a fim de proporcionar à cidadania o pleno uso e gozo dos direitos garantidos (CASTRO, 2019).

O processo eletrônico não pode, em nenhuma hipótese, atuar como meio de exclusão para as classes economicamente menos favorecidas. A ideia de acesso à Justiça não mais se limita à mera aproximação dos Tribunais; trata-se de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, faz-se importante a inclusão digital, ou seja, os indivíduos com menor poder aquisitivo também devem ter acesso à Justiça (GONÇALVES, 2011).

O processo *de persi* é fruto de novas tendências no Direito Processual, tendo em vista ser este o meio pelo qual o direito fundamental em tela irá se efetivar; porém, pode não cumprir aquilo que lhe é inerente ou mesmo não alcançar a celeridade, restando evidente a crise no Judiciário e no processo, mormente quando submetida a uma nova entidade cultural e tecnológica (PALMA; RIBEIRO; TEIXEIRA, 2022).

É bem verdade que a transformação digital implica mudanças no sistema jurídico, sendo que a futura geração jurídica estará conectada à *Legal Technology*, que determinará a estrutura do Estado de Direito e a democracia, sendo fruto da digitalização e fundamentalmente do Direito Digital (HOFFMANN-RIEM, 2020). E, a partir de 2021, o cidadão brasileiro pode optar por juízos digitais e a prática de atos processuais efetivamente eletrônicos, tais como a citação e a intimação, inclusive com o exemplo do Supremo Tribunal Federal que deve ser a primeira Corte Constitucional com processos integralmente digitais e respaldado em suas atividades por tecnologias disruptivas, com o alinhamento entre a inteligência humana e a artificial.

Noutro giro, existem dificuldades que necessitam de atenção, pois o Brasil ainda não possui uma ampla conexão de internet, contando por enquanto com 46 milhões de indivíduos sem acesso à rede mundial de computadores (TOKARNIA, 2021). Nesse sentido, como fazer uso da tecnologia para lograr o acesso à Justiça? De fato, para a sociedade têm-se ganhos no acesso à Justiça e na razoável duração do processo, com a devida interlocução entre partes e magistrados.

A disponibilidade tecnológica não é igual para todos os cidadãos, sobretudo, quando se considera os cidadãos mais pobres, em razão da indisponibilidade de recursos, ao desconhecimento e à inabilidade dos cidadãos para com a informática, resultando em uma divisão digital em razão da própria tecnologia. E ainda, estima-se uma redução de até 23% de acesso ao Judiciário após o início da pandemia (ROSENTHAL, 2021).

Desse modo, deve ser garantido aos usuários (jurisdicionados), inclusive, no meio digital, a efetiva imparcialidade e eficácia no julgamento, buscando garantir o acesso à Justiça. A inclusão digital, em especial do hipossuficiente, deve ser objeto de análise para esse novo desenvolvimento sem desumanizar a Justiça (CABRAL et al., 2012).

A partir disso, o acesso à Justiça deve ser um processo de aprimoramento e, quanto ao tema, na lição de Boaventura de Souza Santos (1996, p. 10), “não haverá justiça mais próxima dos cidadãos se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça”.

Outrossim, a natureza compulsória do meio eletrônico evidenciou a vulnerabilidade digital. Logo, a virada tecnológica do processo deve contribuir para o reconhecimento do Judiciário perante a sociedade como instrumento efetivo de justiça e paz social (NUNES, 2020); logo, a cidadania digital necessita existir perante o Poder Judiciário. Mas, falta clareza e existem falhas quanto ao acesso processual ou substancial da justiça (NASCIMENTO, 2017).

De fato, o sistema de Justiça tem obtido êxito na criação de um arcabouço regulador que objetiva fomentar a implementação de inovações que visam melhorar a prestação de serviços judiciais aos cidadãos, ao passo que o processo, como instrumento para a efetivação do acesso à ordem jurídica justa, deve acompanhar o desenvolvimento das novas tecnologias (ARCHIZA, 2012). Tudo isto visando proporcionar à cidadania o pleno uso e gozo dos direitos garantidos.

3- O PODER JUDICIÁRIO DIGITAL

Uma prestação jurisdicional efetiva deve pautar-se nos dois polos da cadeia concebida pelo sistema constitucional por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição inserido no art. 5º, inc. XXXV, da atual Constituição Federal brasileira. Esses dois polos têm, de um lado, o destinatário do serviço de Justiça e, de outro, o prestador desse serviço. Portanto, é preciso avaliar, para além do jurisdicionado e de suas capacidades de manejo das ferramentas digitais, também assim o juiz que precisa emergir e imergir na sociedade contemporânea, pós-moderna. São, pois, dois desafios. O primeiro, como visto no item anterior, é o alcance real da cidadania. O segundo é a adaptação do magistrado a essa nova realidade.

É importante frisar que, a exemplo do que se extrai do tópico antecedente, no sentido de que a viabilização de acesso da cidadania aos meios digitais de prestação jurisdicional impulsiona o processo democrático de acionamento do sistema de Justiça pelos cidadãos, o mesmo se dá na contrapartida dos tribunais e seus membros. A efetividade da atividade judicial, com o juiz amoldado à sociedade em que atua, é também pressuposto e mola propulsora da democracia como procedimento permanente.

Deve ser pontuado que as políticas públicas favoráveis à inclusão digital dos cidadãos brasileiros, mesmo se aliadas ao aperfeiçoamento técnico dos órgãos do Judiciário, no implemento das tecnologias de ponta e necessárias, não serão suficientes se os julgadores resistirem em assumir sua parcela de responsabilidade no rompimento do modelo tradicional para esse novo espaço on-line de debate e tentativa de soluções dos conflitos (SANTOS, 1996).

Se é fato que a década de 90 provocou reflexões em torno da adaptação dos magistrados à complexidade oriunda da mudança do perfil dos conflitos nas 4 décadas anteriores, é também fato que a hiper-complexidade da sociedade atual, contemporânea ou pós-moderna, caracterizada pela volatilidade das relações sociais e jurídicas, exige ainda mais compromisso daqueles agentes de Estado. E esse comprometimento passa pela disposição e disponibilidade em tornar-se também um ator de transformação no espaço da internet alocado ao Poder Judiciário.

O movimento é, assim, dialético e pendular. A alternativa de fomentar e executar, por meio de políticas públicas, a inclusão digital de todos, de modo a viabilizar o real e substancial acesso à efetiva prestação jurisdicional, não dispensa a outra face dessa mesma moeda. Trata-se da adesão dos juízes, também de forma real e substancial, ao projeto contemporâneo de atuação judicial no âmbito da internet. Esse processo de mão dupla aparece como pré-condição para a celeridade do Poder Judiciário (SORRENTINO; COSTA NETO, 2020).

Para tanto, no campo social, é preciso assimilar como premissa que a emergência das novas tecnologias de comunicação é causa do que se vem convencendo chamar de “novas complexidades”, e que estas que acabam por chegar ao Judiciário (VARELLA, 2013).

Há duas realidades que precisam ser concebidas e internalizadas por todos, para que não se opere uma ruptura entre o que é e o deve ser o direito a ser aplicado pelos tribunais e seus membros. Trata-se da percepção de que existe a sociedade da rede e de que a sociedade está na rede. Ou seja: para uma prestação jurisdicional célere e eficiente, abrindo espaço para o acesso real da cidadania à Justiça, é preciso que os magistrados se integrem e esse cenário aqui exposto.

Apresentadas estas breves considerações sobre o acesso à justiça e as novas tecnologias, passa-se a partir desse momento a expor algumas das principais tecnologias atualmente empregadas para facilitar o acesso à justiça e/ou reduzir a morosidade que acomete o Judiciário.

4- AS FERRAMENTAS ELETRÔNICAS DE PESQUISA E CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL DO DEVEDOR

Para assegurar a tutela jurisdicional efetiva foram criados mecanismos para afirmar a efetividade da resolução dos conflitos. Vale dizer, a disponibilização de ferramentas que permitem garantir a implementação do direito reconhecido na decisão judicial.

Migra-se, desse modo, dos antigos ofícios que eram expedidos para as instituições financeiras para a busca de ativos em nome do executado para a utilização de ferramentas modernas e mais eficazes para a plena efetividade do direito do exequente.

Assim, as ferramentas eletrônicas de pesquisa e constrição patrimonial do devedor visam justamente dar efetividade à execução e, conseqüentemente, fim à prestação jurisdicional plena. Nesse sentido, ao comentarem o artigo 4º do CPC, Nery Jr. e Nery (2020, p. 49) expõem que “A garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo (CF 5º LXXVIII) implica o direito fundamental de o cidadão obter a satisfação de seu direito reclamado em juízo, em prazo razoável.” Desse modo, pode-se proceder com a constrição de valores do devedor valedndo-se dos meios eletrônicos, inclusive junto à autoridade supervisora do sistema bancário, visando determinar a indisponibilidade de bens do devedor até o valor indicado na execução.

Em maio de 2001, foi implantado o sistema Bacen Jud 1.0, que tinha as funcionalidades de bloqueio e de bloqueio de contas e de ativos financeiros, registro da comunicação da decretação e da extinção de falências e encaminhamento de informações sobre a existência de contas correntes e de aplicações financeiras (HOFFMANN-RIEM, 2021).

Apesar do grande avanço trazido por esse sistema, com a melhoria da tecnologia, o mesmo foi se tornando obsoleto, de modo que no final de 2005, o BACEN começou a realizar testes para a sua substituição. Com isso, em 2008, o sistema Bacen Jud 1.0, foi desativado. E, no ano de 2009, foi disponibilizado o sistema Bacen Jud 2.0, com novas funcionalidades, a saber: “emissão, transmissão e visualização das citadas ordens judiciais: requisição de informações; bloqueio de valores; desbloqueio; transferência de valores bloqueados; reiteração (de ordens não respondidas); e cancelamento (de ordens não respondidas)” (BARRETO, 2012, s.p.).

Esse sistema de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo BACEN, funcionou até 04/09/2020. Em 08/09/2020, o mesmo, foi “sucedido” pelo SISBAJUD - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, operado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça (HOFFMANN-RIEM, 2021).

Mais recentemente, em abril de 2021, foi disponibilizada a funcionalidade de reiteração automática de ordens de bloqueio (conhecida como “teimosinha”), a qual permite “ao magistrado registrar que a mesma ordem terá que ser reiterada no SISBAJUD até o bloqueio do valor necessário para o seu total cumprimento, eliminando a emissão sucessiva de novas ordens relativas a uma mesma decisão” (STIVANIM, 2022, s.p.)

Uma vez feito o registro, pelo magistrado, o sistema consultará a base de dados da Receita Federal e informará o nome do executado e apontará os relacionamentos bancários constantes na base de dados dos Cadastros de Clientes do Sistema Financeiro Nacional do Banco Central (CCS) (HOFFMANN-RIEM, 2021). Assim, o SISBAJUD permite o afastamento do sigilo bancário de forma eletrônica. Assim, podem ser obtidas informações a respeito de: extratos bancários; faturas de cartão de crédito; contratos de câmbio; contratos de abertura de conta; cópia de cheques; e, extratos do PIS e do FGTS.

Outra importante ferramenta tecnologia na busca por bens do devedor é o RENAJUD. Por ele pode-se obter por esse sistema eletrônico informações como endereço do proprietário e dados da comunicação de venda de veículos.

O SERASAJUD serve para facilitar a tramitação dos ofícios entre os tribunais e a Serasa Experian, de modo a obter informações diversas sobre executado, assim como para proceder com a negativação do nome do devedor no cadastro de proteção ao crédito daquela instituição.

Já o programa INFOJUD (Sistema de Informações ao Judiciário) é “um serviço oferecido unicamente aos magistrados (e servidores por eles autorizados), que tem como objetivo atender às solicitações feitas pelo Poder Judiciário à Receita Federal” (COAD, 2020, s.p.). Trata-se de uma excelente ferramenta eletrônica para identificação de bens e dados do devedor.

Por fim, o Sistema de Movimentação Bancária – SIMBA é uma ferramenta eletrônica que tem por objetivo detalhar as movimentações financeiras realizadas pelo devedor, de modo a permitir identificar indícios de fraude, desvio ou ocultação de patrimônio.

4.1 Novas Perspectivas

Como foi possível expor até aqui, diante das inovações tecnológicas, constantemente as ferramentas eletrônicas existentes estão evoluindo para permitir a identificação e localização de bens do devedor, infelizmente não ao mesmo passo em que muitos executados utilizam-se de meios para ocultação patrimonial.

Como se sabe, um dos pilares do processo executivo, aqui compreendido o cumprimento de sentença e a execução de títulos extrajudiciais, é o da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o patrimônio do devedor responde por suas obrigações com todos seus bens presentes e futuros (art. 391 do CC/2002 e art. 789 do CPC).

Dentre essas novas ferramentas, destaca-se o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (SIRA) que conforme o art. 13 da Medida Provisória nº 1.040/2021 será “constituído por conjunto de instrumentos, mecanismos e iniciativas destinados a: I - facilitar a identificação e a localização de bens e devedores; e II - a constrição e a alienação de ativos” (CASTRO, 2021, p. 33). Trata-se de uma importante ferramenta, inclusive para evitar o congestionamento desnecessário do Poder Judiciário, com execuções que não têm fim justamente pela ausência de ativos a serem recuperados.

Por fim, pontua-se que a realidade da sociedade localizada em rede possibilita o irrestrito acesso à informação e, com isso, amplia as possibilidades de implementação de mecanismos de democracia participativa e deliberativa. A apropriação e uso desses instrumentos pela cidadania são práticas consideradas sadias e devem contribuir para o aprimoramento do Judiciário. Trata-se de privilegiar-se a atuação colaborativa e o ativismo social em favor do crescimento e do desenvolvimento da sociedade como um todo e dos indivíduos em suas particularidades. Esse movimento vem sendo nominado de “democracia digital”, que engloba os processos democráticos e as TICs. Mais do que isso, os projetos colaborativos já são apontados como a próxima fase da organização da humanidade e suas mais diversas comunidades. Esse trabalho colaborativo em rede caracteriza-se pelo exercício de autoridade de forma descentralizada, produção em pequenos módulos (granular), com baixos custos de integração. Não se trata de um “modismo”, ao contrário, a “produção social é um fato” (YOCHAI, 2005, s.p.).

Exemplos importantes de trabalhos colaborativos são o Linux e a *Wikipedia*¹²³. Segundo Campos (2015), uma experiência brasileira interessante é o observatório da dengue¹²⁴, implantado pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, que mapeia a doença e aponta rapidamente os focos com base em mensagens pelas redes sociais,

¹²³ Linux é o conjunto de sistemas operacionais que utilizam o kernel Linux. “Kernel” é o núcleo, parte principal do sistema operacional do computador. Wikipedia é um projeto de enciclopédia multilíngue, com base na web, e escrito de forma colaborativa.

¹²⁴ Dados colhidos em: www.observatorio.inweb.org.br www.telessaude.ufrn.br e www.ebc.br. Acessos em 16.05.2023.

metodologia desenvolvida pela instituição de ensino. Atualmente, o serviço é utilizado pelo Ministério da Saúde, por intermédio do *Twitter*. A utilização da experiência mineira pelo governo federal implicou a redução de quinze para dois dias, em média, para que seja detectado em foco da doença ou de seu transmissor. Em Brasília, uma plataforma destinada a mapear delitos de forma colaborativa pode ser utilizada no campo da segurança pública e apontar índices e estatísticas, por exemplo, sobre espécies de crimes, áreas de contingenciamento, além das hipóteses de uso de arma de fogo, dados que já estão sendo utilizados no debate sobre desarmamento¹²⁵.

Cita-se também o *Online Dispute Resolution* (ODR), que nada mais é do que a resolução de conflitos *online*. Embora tenha sido no período da Pandemia do Covid-19 que estes serviços online passaram a ser mais utilizados, a tendência é que permaneçam em uso mesmo com o término da emergência sanitária.

Como exemplo, cita-se o estado do Rio de Janeiro, que tem feito uso da plataforma virtual Cisco Weber para a realização de sessões de videoconferência. Esta plataforma foi instituída pela Portaria nº 61/2020 do CNJ, para fazer frente à determinação de distanciamento social e será usada pelo menos até o final de 2021, momento em que deverá ser substituída por uma plataforma mais econômica.

A partir de um treinamento disponibilizado pelo CNJ, as equipes de conciliadores de Tribunais de Justiça diversos se familiarizaram com as novas ferramentas e buscaram aperfeiçoamento para ampliar as audiências de mediação e conciliação e humanizar atos virtuais (AMB, 2020).

Além da plataforma Cisco Weber, os Tribunais de Justiça estão fazendo uso também de um sistema desenvolvido para discutir os processos de Recuperação Judicial e um aplicativo de celular desenvolvido com o objetivo de possibilitar a conciliação pré-processual. A plataforma torna possível que sejam realizadas sessões de conciliação, além de agendamentos, consultas e acompanhamentos de sessões de mediação (AMB, 2020). Com este aplicativo é possível também fazer *upload* e *download* de documentos de formatos diversos, ouvir áudios, assistir vídeos, além de servir para cadastrar mediadores.

Outras ferramentas utilizadas pelo judiciário são os *chatbots*, que são uma aplicação comum da inteligência artificial que pode auxiliar na interação com os usuários e fornecer respostas automáticas a perguntas frequentes. Eles podem ser implementados para ajudar na orientação de informações sobre o tribunal, suas atividades, jurisprudência e outros tópicos relevantes.

¹²⁵ Trata-se da plataforma Radarea. Dados disponíveis em <http://radarea.com.br>. Acesso em 16 maio 2023.

Um dos mais conhecidos projetos de IA atualmente em atividade no Brasil é o Victor, do Supremo Tribunal Federal (STF). Este *chatbot* foi idealizado por pesquisadores da Universidade de Brasília (UNB), que conceberam, através de *Machine Learning* e de *Natural Processing Language*, o sistema Victor que elevou a produtividade da Corte que recebe cerca de 100 mil processos aproximadamente por ano. O STF conta também com o sistema de IA, Rafa (SALOMÃO, 2021).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já faz uso dos sistemas de IA desde 2019 – Sócrates, Athos e o E-Juris. O Sócrates é um sistema que realiza a análise antecipada das controvérsias jurídicas do recurso especial. Aponta automaticamente o que a legislação exige para que um recurso seja interposto, os dispositivos legais questionados e os pontos que podem justificar a divergência (RODRIGUES, 2021).

Por sua vez, o sistema Athos verifica os processos que podem ser submetidos à afetação para julgamento sob rito dos recursos repetitivos, antes que estes sejam distribuídos aos ministros. O sistema também procede à análise dos processos com hermenêuticas convergentes ou divergentes entre os órgãos do STJ (SALOMÃO, 2021).

Já o sistema *E-Juris* objetiva extrair jurisprudência de acórdãos e referências legais, além de indicar os acórdãos mais importante e sucessivos que discorrem sobre o mesmo tema jurídico (RODRIGUES, 2021).

Os Tribunais de Justiça também já estão fazendo uso dos sistemas de IA, a exemplo do TJGO que faz uso do Berna para agrupar ações idênticas.

Expostos ainda que resumidamente os sistemas de IA, passa-se à análise da regulação dos sistemas de IA no Brasil.

5- A REGULAÇÃO DOS SISTEMAS DE IA

Atualmente, não existe uma legislação internacional projetada, especificamente, para regulamentar o uso de IA. Os sistemas de IA são “regulados” de forma transversal por inúmeras iniciativas legislativas esparsas em vários países. Isso inclui, por exemplo, leis sobre privacidade e proteção de dados, leis sobre relações com consumidores, leis de defesa da concorrência, leis sobre serviços financeiros, entre outras.

Várias cidades nos Estados Unidos da América (EUA) têm regulações sobre o uso de tecnologias de reconhecimento facial e outras aplicações de IA. Em Nova York, por exemplo, empresas podem ter que divulgar quando utilizam algoritmos na contratação de pessoal (THE NEW YORK CITY, 2023). Na União Europeia (UE), a iniciativa intitulada “Lei de Serviços Digitais” terá um impacto significativo sobre o uso de plataformas que coletam preferências, sugerem e moderam conteúdo. Além disso, a proposta da Comissão Europeia

sobre a regulação da IA é uma das mais avançadas do mundo (EUROPEAN COMISSION, 2020).

No Brasil, várias iniciativas em prol da regulação da IA começaram a despontar nos últimos anos. Há quatro Projeto de Lei considerados mais importantes que serão detalhados a seguir. Nessa linha, podem ser citados pelo menos quatro Projetos de Lei (PL) que tramitaram sobre a matéria em nível federal: (i) PL nº 5.051/2019, cuja autoria é do Senador Styvenson Valentim; (ii) PL nº 21/2020, proposto pelo Senador Eduardo Bismarck; (iii) PL nº 240/2020, de autoria do Deputado Federal Leo Moraes; e (iv) PL nº 872/2021, de autoria do Senador Eduardo Gomes. Dentre esses projetos, o PL nº 21/2020 é o mais avançado em termos de tramitação e foi aprovado, em caráter de urgência, na Câmara dos Deputados em 2021.

Outra importante iniciativa para a regulação da IA é a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA (Portaria Ministerial MCTI n. 4.979/2021). A EBIA traz um conjunto de princípios e diretrizes para as iniciativas do Poder Executivo Federal que envolvam o desenvolvimento de tecnologia, pesquisa e inovação com base em IA (BRASIL, 2021).

A Estratégia está dividida em 9 eixos temáticos e contempla 74 ações estratégicas, tendo os seguintes objetivos:

- (i) contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e o uso de IA responsáveis; (ii) promover investimentos sustentados em pesquisa e desenvolvimento em IA; (iv) capacitar e formar profissionais para o ecossistema da IA; (v) estimular a inovação e o desenvolvimento da IA brasileira em ambiente internacional; e (vi) promover ambiente de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisa para o desenvolvimento da IA (BRASIL, 2021, s.p.).

Diferentemente do citado PL nº 21/2020, a EBIA foi construída com ampla participação da sociedade civil, iniciativa privada, instituições de ensino e órgãos governamentais, incluindo diversas perspectivas setoriais e experiências internacionais com a IA. Em suma, a EBIA estabelece princípios norteadores e diretrizes que deverão ser considerados para fomentar o setor e publicar novos regulamentos no âmbito do governo federal, tratando-se de um marco importante sobre a matéria em solo brasileiro.

Em julho de 2021, foi aprovado, em regime de urgência na Câmara, o PL nº 21/2020, de autoria do Senador Eduardo Bismarck (Partido Democrático Trabalhista - PDT), com o objetivo de criar um regime regulatório para a IA no Brasil (BRASIL, 2020).

A iniciativa aprovada consiste no substitutivo apresentado pela relatora, Deputada Federal Luisa Canziani (Partido Trabalhista Brasileiro - PTB), que contou com 413 votos favoráveis e 15 contrários. O texto segue para apreciação do Senado Federal.

Uma das principais críticas ao projeto foi a ausência de amplo debate sobre a matéria entre os vários *stakeholders*.

Considerando a complexidade do tema e a necessidade de amadurecimento de vários elementos da regulação, o projeto foi considerado precipitado, capaz de gerar diversas interpretações divergentes pelo Poder Judiciário, bem como de gerar efeitos nocivos para as empresas e para a coletividade em geral.

Em que pese seja clara a necessidade de uma regulamentação para a IA no Brasil, deve-se destacar que o PL nº 21/2020 foi aprovado em cerca de 3 meses. Fato é que a urgência sem justificativa e ausência de debate em torno da questão atrai o risco de que a matéria seja tida como de domínio exclusivo de poucos técnicos e políticos brasileiros, padecendo de legitimidade democrática que a deliberação legislativa deve sempre buscar.

No projeto, vários aspectos regulatórios dependem de regulação de órgãos e entidades setoriais competentes, como as agências reguladoras. Esses órgãos deverão monitorar os riscos dos sistemas de IA utilizados pelas empresas dentro de sua área de atuação, estabelecendo direitos e deveres, além de medidas de mitigação dos riscos verificados.

Além disso, o texto aprovado lista 15 fundamentos para o desenvolvimento e aplicação da IA no Brasil, dentre os seguintes:

A livre manifestação de pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o estímulo à autorregulação por meio da adoção de códigos de conduta e guias de boas práticas; a segurança, a privacidade e a proteção de dados pessoais, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); a segurança da informação; a preservação da estabilidade, da segurança, da resiliência e da funcionalidade dos sistemas de inteligência artificial por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais; e a harmonização com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com o Marco Civil da Internet, com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com o Código de Defesa do Consumidor e com a Lei de Acesso à Informação (AGÊNCIA SENADO, 2021).

No que tange aos princípios para o desenvolvimento e a aplicação dos sistemas de IA no Brasil, o projeto prevê: (i) a busca pela finalidade benéfica; (ii) o respeito pela dignidade humana, pela privacidade e pela proteção de dados pessoais; (iii) a centralidade do ser humano; (iv) a não discriminação; (v) a neutralidade; (vi) a segurança e a prevenção; (vii) a inovação responsável; (viii) a disponibilidade de dados; e (ix) a transparência com respeito ao segredo comercial e industrial (AGÊNCIA SENADO, 2021).

Do exposto depreende-se que os sistemas de IA têm potencial transformador sobre a maneira como as pessoas interagem socialmente, como se entendem e como vislumbram as suas vulnerabilidades. As vicissitudes humanas estão no centro do debate sobre a IA e, apesar dos riscos, a IA pode ser utilizada para criar novas soluções que façam os homens se sentirem mais seguros e conscientes dos interesses de todos.

Por isso, é importante pensar sobre a IA a partir de uma compreensão da própria vulnerabilidade humana, em especial, da vulnerabilidade social, para que seja possível criar algoritmos que não causem impactos negativos, mas sim que aprimorem as interações. Ao invés de explorar as vulnerabilidades dos indivíduos, a IA pode ser utilizada para trazer novos tipos de relações e arranjos sociais.

6-CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intensificação das relações sociais pelo uso das plataformas colaborativas na Internet dá-se, sobretudo, nas pontes estabelecidas entre os cidadãos e as atividades públicas. Percebe-se, de forma positiva ou negativa, que os indivíduos, organizados temporariamente ou por laços maleáveis, flexíveis, sem muita solidez, apresentam propostas de soluções que lhes sejam úteis ou necessárias. São demandas da sociedade sendo encaminhadas às instâncias públicas ou privadas para o atendimento de expectativas coletivas e sociais. Nesse ponto, é preciso observar que no Brasil essas práticas colaborativas já impulsionam várias ações ligadas a atividades legislativas e realização de políticas públicas, mas estavam, até pouco tempo, distantes das atividades judiciárias. O máximo que se via era a participação da cidadania por intermédio das ouvidorias dos tribunais apresentando, via de regra, reclamações pela demora dos processos ou, pontualmente, apresentando elogios por eventuais atendimentos considerados eficientes.

Conforme visto na primeira seção deste capítulo, o panorama nos tribunais vem-se alterando rapidamente. Prática interessante é o prêmio *Innovare*, que procura prestigiar ideias de aperfeiçoamento do sistema de justiça, mas que não é uma ação espontânea, senão provocada. Além disso, o prêmio é dirigido exclusivamente aos órgãos e agentes do sistema da justiça, como tribunais, juízes, membros do Ministério Público e advogados públicos e privados, o que no mínimo diminui o potencial de oxigenação do sistema em relação ao público em geral que poderia ser partícipe nesse processo pretensamente

inovador. A sociedade na rede implica intensificação de procedimentos dialógicos, de troca de experiências, de compartilhamento de soluções. Isso não é refletido no Judiciário brasileiro, e a proposta desta pesquisa é de que para os julgamentos em geral sejam adotadas medidas propiciadoras de maior participação social. O processo, nesses casos, precisa ser um espaço público de intercâmbio de informações, ou a atuação do Judiciário estará distanciada da realidade social, com falta de sintonia com a sociedade. Esse não é um processo simples e tampouco é infenso a problemas e desvantagens. Ao contrário, práticas de democracia deliberativa são exemplos de avanços em alguns setores, mas também há fracassos e obstáculos até agora intransponíveis. Importante é lidar com essa realidade, que, além de ser um desafio, é também pautada por equívocos e inconvenientes. Mas nada que não possa ou não deva ser enfrentado.

Como procurou-se expor e detalhar ao longo do presente trabalho, o Conselho Nacional de Justiça, através de convênios e termos de cooperação técnica, tem procurado disponibilizar diversas ferramentas eletrônicas para melhoria da efetividade executiva.

Todavia, a realidade tem mostrado que os resultados não são satisfatórios e suficientes. Ao mesmo tempo que a tecnologia aproxima e facilita a exposição, ela permite a ocultação, o que acaba por afastar a efetividade do processo executivo.

Atualmente, a quantidade dos chamados “bancos digitais” e das “startups financeiras” (*Fintechs*) implicou uma “migração em massa” dos chamados bancos tradicionais para esse “novo” sistema financeiro aonde a ocultação de dados e informações de ativos fica mais fácil, pelo distanciamento das ferramentas eletrônicas que estão disponíveis. Do mesmo modo, a principal ferramenta de busca de ativos, como visto, o SISBAJUD, atualmente, não alcança os fundos de previdência privada (PGBL e VGBL) de instituições vinculadas à SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

Existe agora a expectativa de que a identificação de criptoativos passe a integrar a função dessas ferramentas eletrônicas, que são importantes aliadas tanto para o credor, assim como para o devedor de boa-fé.

Chegando-se ao final deste estudo, concluiu-se que não obstante as ferramentas e plataformas digitais jurídicas tenham ganhado maior destaque com a pandemia da Covid-19, já são uma tendência em todo o mundo e ao que tudo indica, vieram para ficar e ajudar a desafogar o judiciário, tornando os procedimentos mais céleres.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Senado vai analisar projeto que regulamenta uso da inteligência artificial.** Brasília, DF, 2-10-2021. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/02/senado-vai-analisar-projeto-que-regulamenta-uso-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 16 maio 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB. **Soluções tecnológicas reforçam audiência de conciliação**. 17.11.2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/solucoes-tecnologicas-reforcaram-audiencias-de-conciliacao/>. Acesso em: 23 maio 2023.

ARCHIZA, Ana Carolina Fonseca Martinez Perez. **Processo eletrônico como instrumento de acesso à Justiça**. 2012. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, São Paulo, 2012. p. 50.

BARRETO, Ana Amélia Menno. **Roteiro do Processo Eletrônico na Justiça Trabalhista**. 04.07.2012. Disponível em: <https://nucleodedireito.com/categoria/artigos/trabalhos-juridicos/informatizacao-do-poder-judiciario/page/2/>. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. **PL nº 21/2020**. Câmara dos Deputados. Eduardo Bismarck (PDT-CE). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 16 maio 2023

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 354, de 19 de novembro de 2020**. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 372, de 12 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”. Brasília, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15412620210219602fdc26a38d2.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA**. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/iaestrategiadiagramacao4-9792021.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

CABRAL, James E.; CHAVAN, Abhijeet; CLARKE, Thomas M.; GREACEN, John; HOUGH, Bonnie Rose; REXER, Linda; RIBADENEYRA, Jane; ZORZA, Richard. Using technology to enhance access to Justice. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 26, n. 1, p. 258, 2012.

CAMPOS, Rafael. Desarmamento: projeto de lei reacende a polêmica. **Correio Braziliense**, 21 jul. 2015, Cidades, p. 19.

CASTRO, Marilú Pereira. **Inovação em organizações da Justiça**: uma abordagem integradora de dimensões que influenciam a orientação para inovar. 2019. Tese (Doutorado em Administração) – Programa de Pós-Graduação em Administração, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 25.

CHINA steps up online litigation services amid Coronavirus epidemic. **Xinhuanet**, 30 mar. 2020. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2020-03/30/c_138931061.htm. Acesso em: 16 maio 2023.

COAD. **Desnecessário o esgotamento prévio de diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line**. 17.01.2020. Disponível em: <https://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/97764/desnecessario-o-esgotamento-previo-de-diligencias-na-busca-de-bens-a-serem-penhorados-a-fim-de-autorizar-se-a-penhora-on-line>. Acesso em: 16 maio 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC**. Brussels, 15-12-2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>. Acesso em: 16 maio 2023.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena. Saúde, **Judicialização e Pandemia**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental**. 2011. 135 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011

HOFFMANN-Riem, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**: transformação digital: desafios para o Direito. Pref. de Info Wolfgang Sarlet. Apres. de Laura Scher-tel Mendes. Tradução de Ítalo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 168.

MARASCA, E. Meios Alternativos de Solução de Conflitos Como Forma de Acesso à Justiça e Efetivação da Cidadania. **Revista Direito em Debate**. a. XV, n. 27, p. 35-59, jan./jul. 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

NASCIMENTO, Glauco Antônio do. **Processo Judicial eletrônico**: aspectos teóricos e perspectivas empíricas. 2017. 72 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2017. p. 27.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique Santos; WOLKART, Erik Navarro (Orgs.). **Inteligência Artificial e Direito Processual**: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 17-18.

PALMA, Rodrigo Freitas Palma; RIBEIRO, Camila Nogueira de Resende Lopes; TEIXEIRA, Fernanda da Rocha. **Direito, Tecnologia e Telecomunicações**. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**: Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes: promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes em 2021. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/16/>. Acesso em: 16 maio 2023.

RODRIGUES, Bruno Alves. **A inteligência artificial no Poder Judiciário**: e a convergência com a consciência humana para a efetividade da justiça. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021.

ROSENTHAL, Fernando. E-XYON: novo pico da pandemia reduz em 23% o acesso à Justiça: o fenômeno atípico coincide com o aumento espantoso do número de casos de mortes pela infecção do novo Coronavírus, a Covid-19, logo após o período do Carnaval. **Jornal Jurid**, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/e-xyon-novo-pico-da-pandemia-reduz-em-23-o-acesso-a-justica>. Acesso em: 16 maio 2023.

SALOMÃO, Luís Felipe. **Inteligência Artificial**: tecnologia aplicada à gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Centro de Inovação e Administração e Pesquisa do Judiciário. Rio de Janeiro: FGV Conhecimento, 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. Apêndice: o acesso à Justiça. In: VITA, Álvaro de. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB) (Orgs.). **Justiça, promessa e**

realidade: o acesso à Justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

SORRENTINO, Luciana Yuki. COSTA NETO, Raimundo Silvino da. **O acesso digital à Justiça:** a imagem do Judiciário brasileiro e a prestação jurisdicional nos novos tempos. Brasília: TJDFT, 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-producoes/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acesso-2013-digital-2013-a-justica-a-imagem-do-judiciario-brasileiro-e-a-prestacao-jurisdicional-nos-novos-tempos>. Acesso em: 16 maio 2023.

STIVANIM, Verônica. **SISBAJUD:** o sistema de busca de ativos do poder judiciário do Banco Central. 28.01.2022. Disponível em: <https://noticiasconcursos.com.br/sisbajud-o-sistema-de-busca-de-ativos-do-poder-judiciario-do-banco-central/#:~:text=A%20nova%20funcionalidade%20permitir%C3%A1%20ao,institui%C3%A7%C3%A3o%20em%20sua%20plataforma%20oficial>. Acesso em: 16 maio 2023.

THE NEW YORK CITY COUNCIL. **Automated employment decision tools:** a Local Law to amend the administrative code of the city of New York. Disponível em: <https://legistar.council.nyc.gov/LegislationDetail.aspx?ID=4344524&GUID=B051915D-A9AC-451E-81F8-6596032FA3F9&Options=Advanced&Search>. Acesso em: 16 maio 2023.

TOKARNIA, Mariana. Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa: número representa 46 milhões que não acessam a rede. **Agência Brasil**, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em: 16 maio 2023.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: Uniceub, 2013. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org>. Acesso em: 16 maio 2023.

YOCHAI, Benkler. TED (Ideas worth spreading) – a nova economia de acesso livre. Tradução de Paulo Santarém. **TEDGlobal 2005**, julho/2005. Disponível em: www.ted.com. Acesso em: 16 maio 2023.

AMEAÇA À SEGURANÇA NACIONAL - O RISCO DA EXPOSIÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CANDIDATOS A VAGAS NA SEGURANÇA PÚBLICA

DANIEL FEDERICO DE NOVAES RUNCINI:
Acadêmico de Direito pelo Centro
Universitário UNA¹²⁶.

RESUMO: Este artigo investigou a ameaça à segurança nacional apresentada pela exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública no Brasil. Após revisar a doutrina existente e analisar a legislação atual de proteção de dados, o estudo concluiu que a exposição não autorizada desses dados é uma ameaça significativa para a segurança nacional, abrindo espaço para potenciais situações de chantagem, espionagem e sabotagem. A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil (LGPD) fornece uma certa proteção para esses dados, mas foram identificadas lacunas que podem limitar sua eficácia nesse contexto. Essas lacunas incluem a permissão para processamento de dados sem o consentimento do titular em determinadas circunstâncias, a falta de distinção entre diferentes categorias de dados pessoais e incertezas sobre a eficácia das punições para organizações que não cumprem as obrigações de proteção de dados. As recomendações propostas incluem a revisão da LGPD, a implementação de melhores práticas de segurança de dados, a sensibilização sobre a proteção de dados e a cooperação internacional. Em suma, embora a LGPD ofereça alguma proteção, medidas adicionais são necessárias para assegurar a segurança desses dados e, por extensão, a segurança nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Nacional. Exposição de Dados Pessoais. Candidatos a Vagas na Segurança Pública. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Ameaças à Segurança.

ABSTRACT: This article investigated the threat to national security posed by the exposure of personal data of job candidates in public security in Brazil. After reviewing the existing doctrine and analyzing current data protection legislation, the study concluded that the unauthorized exposure of this data is a significant threat to national security, opening space for potential blackmail, espionage and sabotage situations. Brazil's General Data Protection Law (LGPD) provides some protection for this data, but gaps have been identified that may limit its effectiveness in this context. These gaps include allowing data processing without the subject's consent in certain circumstances, the lack of distinction between different categories of personal data and uncertainties about the effectiveness of punishments for organizations that do not comply with data protection obligations. Proposed recommendations include reviewing the LGPD, implementing data security best practices, raising awareness of data protection and international cooperation. In short, while the

126 E-mail: danielruncini@gmail.com

LGPD offers some protection, additional measures are needed to ensure the security of this data and, by extension, national security.

KEYWORDS: National Security. Exposure of Personal Data. Candidates for Vacancies in Public Security. General Data Protection Law (LGPD). Threats to Security.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Revisão da Doutrina. 2. Riscos da Exposição de Dados. 2.1. Serviços de Inteligência das Facções Criminosas e a Ameaça à Segurança Nacional. 3. Análise da Legislação Atual. 4. Estudo de Caso e Análise Comparativa. Conclusão e Recomendações. Referências Bibliográficas.

Introdução

Em um mundo cada vez mais digital, a proteção de dados pessoais tornou-se uma questão primordial. À medida que a sociedade continua a depender fortemente da tecnologia, torna-se evidente que a exposição de dados pessoais pode ter consequências significativas, não apenas para os indivíduos, mas também para a segurança nacional. Esta questão é especialmente relevante quando consideramos candidatos a vagas na segurança pública - pessoas que, em suas funções, terão acesso a informações sensíveis e que, portanto, podem se tornar alvos de interesse.

A exposição de dados como nome completo, CPF, endereço, entre outros, pode abrir uma brecha para uma série de problemas, desde fraudes financeiras até situações mais complexas e perigosas, como chantagem e espionagem. Este cenário pode representar uma ameaça direta à segurança do país, caso informações sensíveis caiam em mãos erradas.

Este estudo adotou uma metodologia abrangente, combinando diversas abordagens para oferecer uma análise aprofundada e multifacetada do problema da exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública e suas implicações para a segurança nacional.

Em primeiro lugar, conduzimos uma revisão sistemática da doutrina para identificar e analisar trabalhos acadêmicos, artigos e estudos de caso existentes que abordam a questão da proteção de dados, segurança nacional e a interseção entre os dois. Esta revisão incluiu tanto a doutrina jurídica quanto a de ciência da computação e estudos de segurança, visando a uma compreensão multidisciplinar do problema.

Além disso, realizamos uma análise da legislação relevante. Este aspecto da pesquisa focou na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), bem como em outras leis e regulamentos nacionais e internacionais que abordam a proteção de dados pessoais e a segurança nacional. A ideia foi avaliar se a legislação atual é adequada para lidar com o problema em questão.

Complementando a análise da legislação, efetuamos um estudo de casos de incidentes reais de exposição de dados pessoais de servidores da segurança pública. Esses casos servem para ilustrar as ameaças potenciais e os impactos reais que a exposição de dados pessoais pode ter na segurança nacional.

Finalmente, realizamos uma análise comparativa de como diferentes jurisdições ao redor do mundo estão lidando com a questão da proteção de dados pessoais de candidatos a cargos de segurança pública. Este estudo comparativo visa identificar melhores práticas e lições que podem ser aplicadas no contexto brasileiro.

Neste contexto, o presente estudo propõe uma análise profunda do risco da exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública e o perigo que isso representa para a segurança nacional. Através de uma revisão cuidadosa da doutrina existente, da legislação vigente, e de um estudo aprofundado das possíveis ameaças, pretendemos lançar luz sobre este problema que, até então, tem sido pouco explorado na doutrina jurídica. Com isso, buscamos contribuir para a discussão sobre a proteção de dados no Brasil e o fortalecimento de nossa segurança nacional.

1.Revisão da Doutrina:

A doutrina existente sobre a exposição de dados pessoais e a segurança nacional é vasta e abrange várias disciplinas. Nesta seção, focaremos em alguns dos estudos e artigos mais relevantes para o nosso tema de pesquisa.

Um ponto de partida fundamental é o trabalho de Solove, que argumenta que a privacidade é um direito humano essencial, cuja violação pode levar a vários danos, incluindo aqueles relacionados à segurança. Este trabalho estabelece uma base teórica para a importância da proteção de dados pessoais.

Os estudos de Greenwald e MacAskill exploram em detalhes as implicações da exposição de dados pessoais para a segurança nacional. Eles destacam como a exposição de dados pessoais pode facilitar a espionagem, o que pode ter implicações significativas para a segurança nacional.

Finalmente, o relatório de Shostack e Stewart sobre a análise de ameaças à segurança de dados oferece uma abordagem metodológica para entender as ameaças potenciais à segurança nacional decorrentes da exposição de dados pessoais.

Esses são apenas alguns dos muitos trabalhos que informam nosso estudo. Através da revisão desses e outros estudos, buscamos uma compreensão abrangente e informada

do problema da exposição de dados pessoais de candidatos a cargos de segurança pública e suas implicações para a segurança nacional.

No contexto brasileiro, sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) uma análise detalhada da legislação existente e suas implicações para a proteção de dados pessoais é crucial para entender o quadro legal em que a questão da exposição de dados pessoais está inserida a exposição de dados pessoais de servidores públicos pode ter implicações significativas para a segurança nacional.

2. Riscos da Exposição de Dados:

A exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública representa um risco significativo para a segurança nacional. Ao se tornarem alvos potenciais devido à natureza sensível de suas funções, esses indivíduos podem ser expostos a uma série de ameaças, incluindo chantagem, espionagem e sabotagem.

- a) **Chantagem:** Dados pessoais podem ser usados para fins de chantagem. Por exemplo, informações pessoais sensíveis, como detalhes financeiros ou questões de saúde, poderiam ser exploradas para pressionar um indivíduo a agir de uma certa maneira ou revelar informações confidenciais. No contexto da segurança pública, isso pode ter implicações sérias para a segurança nacional, já que esses indivíduos muitas vezes têm acesso a informações sensíveis e confidenciais.
- b) **Espionagem:** A espionagem é uma ameaça significativa para a segurança nacional, e a exposição de dados pessoais pode facilitar essa prática. Por exemplo, um adversário pode usar informações pessoais para se passar por um candidato à segurança pública, ganhando acesso a informações e áreas confidenciais. Além disso, detalhes pessoais podem ser usados para identificar e explorar as vulnerabilidades de um indivíduo, facilitando a espionagem.
- c) **Sabotagem:** A exposição de dados pessoais também pode facilitar a sabotagem. Por exemplo, um adversário pode usar detalhes pessoais para lançar ataques cibernéticos contra um indivíduo ou a organização em que trabalha. Isso pode incluir coisas como spear phishing, onde um ataque é personalizado com base nas informações conhecidas sobre o indivíduo, aumentando a probabilidade de sucesso do ataque.

Além dessas ameaças, a exposição de dados pessoais de candidatos a cargos de segurança pública também pode ter implicações mais amplas para a segurança nacional. Por exemplo, pode prejudicar a confiança do público nas instituições de segurança pública e pode desencorajar os indivíduos de buscar carreiras nessas áreas, o que poderia, por sua vez, impactar a capacidade do país de garantir a segurança nacional.

É importante notar que esses riscos não são apenas teóricos. Casos reais de chantagem, espionagem e sabotagem ligados à exposição de dados pessoais têm sido documentados em várias jurisdições. Portanto, é vital que medidas adequadas sejam tomadas para proteger os dados pessoais dos candidatos à segurança pública e, por extensão, à segurança nacional.

2.1. Serviços de Inteligência das Facções Criminosas e a Ameaça à Segurança Nacional:

As facções criminosas no Brasil desenvolveram ao longo dos anos sistemas de inteligência sofisticados e eficazes, que representam uma ameaça significativa à segurança nacional. Essas organizações, que vão desde grupos de tráfico de drogas a sindicatos do crime organizado, empregam uma variedade de táticas e tecnologias para coletar, analisar e utilizar informações a fim de expandir suas operações, evadir a aplicação da lei e minar as instituições públicas.

Um dos meios pelos quais as facções criminosas adquirem informações é por meio do monitoramento e infiltração dos órgãos de segurança pública. Usando uma mistura de suborno, coerção e recrutamento de simpatizantes, esses grupos conseguem obter informações privilegiadas sobre operações policiais, investigações e até mesmo informações pessoais de funcionários da segurança pública. Essas informações são usadas para antecipar e evitar ações policiais, e em alguns casos, para realizar ataques diretos contra funcionários da segurança pública e suas famílias.

A exposição de dados pessoais dos candidatos a cargos de segurança pública pode alimentar esse sistema de inteligência criminal. Informações como nomes completos, CPFs, endereços e detalhes de família podem ser usados para identificar potenciais alvos para coerção ou intimidação. Além disso, esses dados podem ser usados para fins de espionagem, permitindo às facções criminosas monitorar indivíduos dentro das forças de segurança ou mesmo implantar agentes infiltrados.

A extensão dessas operações de inteligência e a eficácia com que são realizadas representam uma ameaça direta à segurança nacional. Elas minam a integridade e eficácia das forças de segurança pública, potencializam a corrupção e contribuem para uma atmosfera de medo e desconfiança. Além disso, essas atividades aumentam o poder e a influência dessas facções criminosas, permitindo que perpetuem suas atividades ilícitas com impunidade.

Nesse contexto, é essencial que medidas sejam tomadas para proteger os dados pessoais dos candidatos a cargos de segurança pública. A proteção dessas informações

não só protegeria os indivíduos em questão, mas também ajudaria a enfraquecer o sistema de inteligência dessas facções criminosas e reforçar a segurança nacional.

3. Análise da Legislação Atual:

A proteção de dados é um campo de crescente importância na legislação, particularmente em um mundo cada vez mais digital. No Brasil, a principal lei que trata dessa questão é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor em setembro de 2020.

A LGPD introduziu uma série de medidas destinadas a proteger os dados pessoais dos cidadãos. Ela exige que as organizações obtenham o consentimento dos indivíduos antes de coletar e usar seus dados, e também dá aos indivíduos o direito de acessar, corrigir e excluir seus dados. A LGPD também estabelece punições rigorosas para organizações que não cumprirem suas obrigações de proteção de dados.

No que diz respeito especificamente aos candidatos a vagas na segurança pública, a LGPD oferece uma certa medida de proteção. Por exemplo, a obrigação de obter o consentimento e o direito de excluir dados podem ajudar a prevenir a exposição não autorizada de dados pessoais. No entanto, a lei tem algumas lacunas que podem limitar sua eficácia nesse contexto específico.

Primeiramente, a LGPD permite que os dados sejam processados sem o consentimento do titular em algumas circunstâncias, incluindo para o cumprimento de uma obrigação legal ou para a execução de políticas públicas. Isso poderia, em teoria, permitir que os dados dos candidatos à segurança pública fossem processados sem seu consentimento.

Além disso, a lei não faz distinção entre diferentes categorias de dados pessoais. Isso significa que os dados dos candidatos à segurança pública, que podem ser particularmente sensíveis devido à natureza de seu futuro trabalho, não recebem proteção adicional sob a lei.

Finalmente, enquanto a LGPD prevê punições para organizações que não cumprem suas obrigações de proteção de dados, a eficácia dessas punições na prática ainda é incerta. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que é responsável pela aplicação da lei, ainda está em seus estágios iniciais e ainda não está claro até que ponto ela será capaz de garantir a conformidade com a lei.

Em resumo, embora a LGPD represente um passo importante para a proteção de dados no Brasil, ela tem algumas lacunas que podem limitar sua eficácia na proteção dos dados pessoais dos candidatos à segurança pública. Portanto, pode ser necessário considerar medidas adicionais para garantir a proteção adequada desses dados.

4. Estudo de Caso e Análise Comparativa:

Para exemplificar as ameaças discutidas, podemos citar o caso do vazamento de dados de servidores do FBI nos Estados Unidos em 2015. O grupo de hackers conhecido como Anonymous invadiu o portal do FBI e expôs dados pessoais de cerca de 20.000 agentes. Os dados incluíam nomes, cargos, números de telefone e endereços de e-mail. Este incidente demonstra o tipo de ameaça que a exposição de dados pode representar para a segurança nacional, uma vez que os agentes expostos podem ter se tornado alvos de adversários.

Em termos de análise comparativa, é útil observar como outras jurisdições estão abordando a questão da proteção de dados de candidatos a cargos de segurança pública. Na União Europeia, por exemplo, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) fornece proteções rigorosas para dados pessoais. Além disso, muitos países da UE têm leis adicionais que fornecem proteções específicas para os dados de funcionários públicos e candidatos a cargos de segurança pública.

No entanto, mesmo na UE, onde as leis de proteção de dados são algumas das mais fortes do mundo, ainda ocorrem violações de dados. Um exemplo é o caso da Holanda em 2020, onde os dados pessoais de quase 30.000 policiais foram expostos devido a um vazamento de dados. Isso ilustra que, mesmo com leis fortes de proteção de dados, ainda podem existir vulnerabilidades.

Em resumo, embora diferentes jurisdições estejam tomando medidas para proteger os dados pessoais de candidatos a cargos de segurança pública, ainda existem vulnerabilidades. Isso sugere que, além das leis de proteção de dados, também são necessárias medidas adicionais, como práticas robustas de segurança cibernética e conscientização sobre a importância da proteção de dados.

Conclusão e Recomendações

Este artigo examinou a questão da exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública e suas implicações para a segurança nacional. Através de uma revisão da doutrina existente e uma análise das leis atuais de proteção de dados, foi estabelecido que ao explorar a natureza sensível dos dados pessoais e os perigos de sua exposição, evidenciamos a vulnerabilidade dos candidatos e a ameaça que isso representa para a integridade das instituições de segurança pública.

A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil (LGPD) oferece uma certa medida de proteção para os dados pessoais dos candidatos à segurança pública. No entanto, foram identificadas lacunas na lei que podem limitar sua eficácia neste contexto. Estas incluem a

falta de distinção entre diferentes categorias de dados pessoais, e as incertezas sobre a eficácia das punições para as organizações que não cumprem as obrigações de proteção de dados. A análise das táticas de inteligência das facções criminosas demonstrou como a exposição de dados pessoais pode ser explorada para minar a segurança nacional. Esses grupos usam tais informações para infiltrar-se em organizações de segurança, monitorar suas atividades e até mesmo realizar ataques diretos contra funcionários e suas famílias.

Recomendações sugeridas:

- a) Revisão da legislação: Uma revisão da LGPD poderia ajudar a abordar algumas das lacunas identificadas. Por exemplo, a lei poderia ser alterada para fornecer proteções adicionais para os dados pessoais dos candidatos à segurança pública, ou para restringir o processamento de tais dados sem consentimento.
- b) Melhores práticas de segurança de dados: As organizações que lidam com os dados dos candidatos à segurança pública devem implementar as melhores práticas de segurança de dados. Isso pode incluir o uso de criptografia de dados, o uso de sistemas de autenticação robustos, implementação de políticas de acesso a dados restritos e implementação de sistemas de detecção e prevenção de intrusões.
- c) Conscientização sobre a proteção de dados: A conscientização sobre a importância da proteção de dados é essencial. Os candidatos à segurança pública devem ser informados sobre seus direitos sob a LGPD e sobre as medidas que podem tomar para proteger seus próprios dados.
- d) Cooperação internacional: Dada a natureza global da internet e das ameaças à segurança cibernética, a cooperação internacional é essencial. O Brasil poderia se beneficiar da troca de informações e melhores práticas com outras jurisdições que enfrentam desafios semelhantes.

Em conclusão, a exposição de dados pessoais de candidatos a vagas na segurança pública é uma ameaça séria à segurança nacional. Embora a LGPD ofereça alguma proteção, são necessárias medidas adicionais para garantir a segurança desses dados. Através da revisão da legislação, da implementação de melhores práticas de segurança de dados, da conscientização sobre a proteção de dados, e da cooperação internacional, podemos dar um passo importante na direção certa.

Referências Bibliográficas

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 30 mai. 2023.

Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. União Europeia. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2961&tabela=leis Acesso em: 30 mai. 2023.

Schwartz, P. M., & Solove, D. J. (2014). Reconciling personal information in the United States and European Union. *California Law Review*, 102(4). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271442 Acesso: 2 abr. 2023.

Cavoukian, A. (2013). Privacy by design: The 7 foundational principles. In *Privacy by Design: Principles, Promises, and Practice*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://iab.org/wp-content/IAB-uploads/2011/03/fred_carter.pdf Acesso em: 2 abr. 2023.

Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) - Relatórios anuais sobre o estado da proteção de dados no Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes> Acesso em: 30 mai. 2023

Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/consumidor/Noticia/Autoridade-Nacional-de-Protacao-de-Dados-ANPD-publica-Relatorio-Anual> Acesso em: 30 mai. 2023.

Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br) - Relatórios de incidentes de segurança cibernética. Disponível em: <https://stats.cert.br/incidentes/> Acesso em: 30 mai. 2023.

ZUBOFF, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. PublicAffairs.

SCHNEIER, B. (2018). *Click Here to Kill Everybody: Security and Survival in a Hyper-connected World*. W. W. Norton & Company.

SHOSTACK, A., & STEWART, B. (2008). *The new school of information security*. Addison-Wesley.

Greenwald, G., & MacAskill, E. (2013). NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others. *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data> Acesso em: 2 abr. 2023.

Solove, D. J. (2006). A taxonomy of privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, 477-564. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/penn-law-review/vol154/iss3/1/> Acesso em: 2 abr. 2023.

[https://noticias.uol.com.br/colunas/josmar-jozino/2022/11/13/pcc-tem-arquivo-com-nomes-e-enderecos-de-1800-agentes-publicos-no-brasil.htm#:~:text=O%20PCC%20\(Primeiro%20Comando%20da,e%20inimigos%20mortais%20da%20fac%C3%A7%C3%A3o.](https://noticias.uol.com.br/colunas/josmar-jozino/2022/11/13/pcc-tem-arquivo-com-nomes-e-enderecos-de-1800-agentes-publicos-no-brasil.htm#:~:text=O%20PCC%20(Primeiro%20Comando%20da,e%20inimigos%20mortais%20da%20fac%C3%A7%C3%A3o.) Acesso em: 2 abr. 2023.

<https://agron.com.br/publicacoes/noticias/ciencia-e-tecnologia/2015/06/05/044290/hackers-expoem-dados-de-servidores-federais-dos-eua> Acesso em: 2 abr. 2023.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2020/01/20/fbi-derruba-site-que-prometia-acesso-a-bilhoes-de-dados-vazados.ghtml> Acesso em: 2 abr. 2023.

A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A ÓTICA DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

ANTONIO MIRANDA DE JESUS FILHO:
Graduando do curso de Direito pela ULBRA¹²⁷

RESUMO: O presente trabalho investiga o papel dos meios alternativos de resolução de conflitos na promoção do acesso à justiça e no aprimoramento da resolução de disputas na sociedade contemporânea. Por meio de revisão bibliográfica e análise de dados secundários, exploramos os principais mecanismos alternativos, como mediação, conciliação e arbitragem, destacando suas vantagens e desvantagens em relação ao sistema judiciário tradicional. A pesquisa aborda questões como a efetividade e eficiência desses métodos, os desafios e oportunidades na implementação e utilização das práticas, e o impacto dessas abordagens na garantia de direitos e na harmonização social. O estudo aponta que os meios alternativos de resolução de conflitos oferecem soluções mais céleres, flexíveis e personalizadas em comparação aos processos judiciais tradicionais, contribuindo significativamente para a promoção do acesso à justiça. Contudo, enfrentam desafios como resistência cultural, necessidade de capacitação profissional e regulamentação legal. A superação desses obstáculos, aliada à exploração das oportunidades apresentadas pela tecnologia e cooperação entre os diversos setores envolvidos, pode consolidar essas práticas como instrumentos efetivos e valiosos na busca por uma justiça mais acessível, eficiente e harmoniosa, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e pacífica.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Mediação. Conciliação. Arbitragem. Contemporaneidade.

ABSTRACT: This paper investigates the role of alternative means of conflict resolution in promoting access to justice and improving dispute resolution in contemporary society. Through a bibliographic review and analysis of secondary data, we explored the main alternative mechanisms, such as mediation, conciliation and arbitration, highlighting their advantages and disadvantages in relation to the traditional judicial system. The research addresses issues such as the effectiveness and efficiency of these methods, the challenges and opportunities in implementing and using the practices, and the impact of these approaches on guaranteeing rights and social harmonization. The study points out that alternative means of conflict resolution offer faster, more flexible and personalized solutions compared to traditional judicial processes, significantly contributing to the promotion of access to justice. However, they face challenges such as cultural resistance,

127 E-mail: antoniomjf_22@hotmail.com.

the need for professional training and legal regulation. Overcoming these obstacles, combined with exploring the opportunities presented by technology and cooperation between the various sectors involved, can consolidate these practices as effective and valuable instruments in the search for a more accessible, efficient and harmonious justice, contributing to the construction of a more just and peaceful.

Keywords: Access to Justice. Mediation. Conciliation. Arbitration. Contemporaneity.

1. INTODUÇÃO

A busca pela justiça é um princípio universal que perpassa diversas culturas e sociedades ao longo da história. No entanto, o acesso à justiça nem sempre é garantido de forma igualitária, e os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos podem apresentar limitações que dificultam o alcance de soluções justas e efetivas. Neste contexto, os meios alternativos de resolução de conflitos surgem como uma forma complementar ou até mesmo substitutiva ao sistema judiciário tradicional, possibilitando maior acesso à justiça e, conseqüentemente, promovendo a garantia de direitos e a harmonização social.

O presente trabalho busca compreender o papel dessas práticas na sociedade contemporânea e como elas podem contribuir para a democratização do acesso à justiça. A análise se concentrará nos mecanismos alternativos, como mediação, conciliação e arbitragem, e em como esses processos podem ser mais eficientes e eficazes na resolução de disputas, além de possibilitar uma maior participação das partes envolvidas.

Diante desse contexto, surge a seguinte pergunta problema: como os meios alternativos de resolução de conflitos podem contribuir para o acesso à justiça e aprimorar a resolução de disputas na sociedade contemporânea?

O objetivo geral deste trabalho é analisar a importância do acesso à justiça e os meios alternativos de resolução de conflitos, destacando as vantagens e desvantagens dessas práticas em relação ao sistema judiciário tradicional. Os objetivos específicos incluem: identificar os principais meios alternativos de resolução de conflitos; analisar a efetividade e eficiência desses métodos; e discutir os desafios e oportunidades que permeiam a implementação e a utilização dessas práticas.

A relevância do tema se dá pelo crescente interesse em torno dos meios alternativos de resolução de conflitos, tanto no âmbito acadêmico quanto prático. Esta pesquisa busca contribuir com a discussão sobre a democratização do acesso à justiça e aprimorar a compreensão das possibilidades e limitações desses mecanismos. Além disso, este estudo tem potencial para auxiliar na formulação de políticas públicas e práticas

jurídicas que possam favorecer a utilização de meios alternativos, garantindo maior eficiência, justiça e equidade no processo de resolução de conflitos.

Quanto à metodologia, este trabalho será desenvolvido a partir de uma revisão bibliográfica e análise de dados secundários. Serão consultadas fontes acadêmicas e jurídicas, como artigos, livros, dissertações e teses, bem como documentos oficiais, estatísticas e relatórios sobre o tema. A partir dessa análise, pretende-se desenvolver um panorama geral sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, suas potencialidades e desafios, e discutir as implicações práticas e teóricas do tema para a garantia do acesso à justiça.

2. O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO A JUSTIÇA

O princípio fundamental do acesso à justiça remonta à antiguidade, onde a busca por justiça e soluções para conflitos já se fazia presente nas mais diversas civilizações. Desde os primórdios da humanidade, o acesso à justiça foi reconhecido como elemento essencial para o estabelecimento da ordem social e a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. No entanto, foi apenas na modernidade que o acesso à justiça começou a ganhar a devida atenção e a ser consolidado como um direito humano universal.

A evolução histórica do acesso à justiça acompanha a trajetória do próprio desenvolvimento dos direitos humanos e das sociedades. No período medieval, por exemplo, o acesso à justiça estava restrito à nobreza e ao clero, sendo praticamente inexistente para a população comum. Com o advento das Revoluções Liberais e a consolidação do Estado de Direito, o acesso à justiça passou a ser reconhecido como um direito fundamental, imprescindível para a realização dos demais direitos e garantias constitucionais (GONTIJO, 2015).

No século XX, a importância do acesso à justiça foi ainda mais destacada com a criação de organismos internacionais e a elaboração de tratados e convenções voltados para a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, em seu artigo 8º, estabelece que "toda pessoa tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei" (ONU, 1948).

No Brasil, o acesso à justiça ganhou maior ênfase com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu artigo 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). Esse dispositivo consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todos os cidadãos o direito de buscar a tutela jurisdicional para a defesa de seus direitos e interesses (MENDES; BRANCO, 2022).

O conceito de acesso à justiça pode ser entendido como a “possibilidade efetiva de se buscar e obter a proteção e a realização dos direitos fundamentais por meio dos mecanismos e instituições jurídicas disponíveis”, aduz Danielly Gontijo (2015, p. 25). Nesse sentido, o acesso à justiça abrange não apenas a possibilidade de ingresso em juízo, mas também a garantia de um processo justo e eficiente, a disponibilidade de meios alternativos de solução de conflitos, a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, entre outros aspectos.

O objetivo do acesso à justiça é garantir que todos os indivíduos, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural, possam ter seus direitos e interesses protegidos e realizados por meio do sistema jurídico (MENDES; BRANCO, 2022). Desse modo, o acesso à justiça contribui para a promoção da igualdade, da cidadania, do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos fundamentais.

A relação entre o acesso à justiça e os direitos humanos é intrínseca e indissociável, uma vez que a efetiva proteção e realização dos direitos humanos dependem diretamente da possibilidade de se recorrer ao sistema jurídico e de se obter uma resposta adequada e eficiente por parte das instituições competentes. Nesse sentido, o acesso à justiça é considerado um direito humano em si, por ser um meio indispensável para a concretização dos demais direitos e garantias fundamentais (LENZA, 2022).

Além disso, a consagração do acesso à justiça como um direito humano implica em obrigações por parte do Estado, que deve adotar medidas legislativas, administrativas e judiciais para garantir a efetivação desse direito. Essas medidas podem incluir a criação e o aperfeiçoamento de mecanismos de acesso à justiça, a capacitação e a sensibilização de operadores do direito, a promoção de políticas públicas voltadas para a ampliação do acesso à justiça, entre outras ações.

No contexto brasileiro, diversas iniciativas têm sido implementadas para garantir e promover o acesso à justiça, como a criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a ampliação dos serviços de Defensoria Pública, a implementação de meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, e a adoção de políticas públicas voltadas para a inclusão e a capacitação de grupos vulneráveis.

Dessa forma, o princípio fundamental do acesso à justiça é um elemento crucial para a consolidação do Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos humanos, sendo responsabilidade do Estado e da sociedade garantir sua efetivação e promover medidas que ampliem e aperfeiçoem o acesso à justiça para todos os cidadãos.

3. PANORAMA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA

Ao longo das últimas décadas, os meios alternativos de resolução de conflitos vêm ganhando espaço e reconhecimento como instrumentos eficazes e complementares ao sistema judiciário tradicional. A crescente demanda por justiça, somada à morosidade e à ineficiência do Poder Judiciário em diversos países, incluindo o Brasil, tem impulsionado o desenvolvimento e a implementação desses métodos alternativos, que visam a promoção de soluções mais ágeis, eficientes e consensuais para as disputas entre as partes.

Neste contexto, os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam-se como uma abordagem contemporânea e inovadora, capaz de contribuir significativamente para a ampliação do acesso à justiça e a efetivação dos direitos fundamentais. Esses mecanismos se destacam pela sua flexibilidade, informalidade e capacidade de promover o diálogo e a cooperação entre as partes envolvidas, o que pode resultar em soluções mais satisfatórias e duradouras para os conflitos. Nos próximos tópicos, serão analisados de forma autônoma os principais meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, abordando suas características, aplicabilidade e benefícios no âmbito da resolução de disputas.

3.1 MEDIAÇÃO

A mediação é um método consensual de resolução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e neutro, chamado de mediador, auxilia as partes envolvidas na disputa a identificarem seus interesses e necessidades, a fim de que possam encontrar conjuntamente uma solução satisfatória e mutuamente aceitável para o conflito. A mediação tem como principal característica a busca pelo consenso e a preservação das relações interpessoais entre as partes, sendo especialmente indicada para disputas envolvendo questões familiares, empresariais, comunitárias, entre outras que demandam maior cooperação e diálogo (BATISTA, 2019).

No Brasil, a mediação começou a ser reconhecida como um mecanismo efetivo de solução de conflitos na década de 1990, com a criação de câmaras de mediação e conciliação em diversos estados. No entanto, foi com a promulgação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como a Lei de Mediação, que o instituto ganhou maior legitimidade e previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei de Mediação estabelece os princípios, diretrizes e regras gerais para a utilização da mediação como meio de resolução de conflitos, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, e prevê a mediação judicial e extrajudicial como alternativas para a solução de controvérsias (BRASIL, 2015).

O procedimento de mediação tem início com a solicitação das partes interessadas ou por determinação judicial, caso o magistrado entenda que o conflito é passível de mediação. Em seguida, é escolhido um mediador, que pode ser indicado pelas próprias

partes ou selecionado a partir de uma lista de mediadores certificados. Durante o processo de mediação, o mediador conduz as sessões de negociação, buscando facilitar a comunicação entre as partes, auxiliar na identificação dos interesses e necessidades, e estimular a elaboração de propostas de solução para o conflito. Ao final do processo, caso seja alcançado um acordo, este poderá ser homologado judicialmente e terá eficácia de título executivo extrajudicial, garantindo a sua execução e cumprimento (KLEVER, 2016).

A mediação traz diversos benefícios para a resolução de conflitos, como a rapidez e a eficiência na obtenção de resultados, a redução de custos em comparação ao processo judicial, a preservação das relações interpessoais, a confidencialidade das informações compartilhadas, a autonomia das partes na tomada de decisões e a possibilidade de alcançar soluções criativas e personalizadas para as disputas (AMORIM, 2022). Além disso, a mediação contribui para a desjudicialização e a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário, ao promover a resolução consensual de conflitos e incentivar a cultura de paz e cooperação na sociedade.

Dessa forma, a mediação surge como um instrumento valioso e eficaz na resolução de conflitos, proporcionando uma abordagem consensual e colaborativa que beneficia todas as partes envolvidas. Ao favorecer o diálogo e a cooperação, a mediação contribui para a construção de soluções duradouras e satisfatórias, além de promover a conscientização sobre a importância da negociação e do entendimento mútuo na resolução de disputas. Nesse sentido, a consolidação da mediação no ordenamento jurídico brasileiro representa um avanço significativo na busca por uma justiça mais acessível, eficiente e harmoniosa, capaz de atender às necessidades e demandas da sociedade contemporânea.

3.2 CONCILIAÇÃO

A conciliação é um método consensual de resolução de conflitos que, assim como a mediação, envolve a atuação de um terceiro imparcial, denominado conciliador, que tem o objetivo de auxiliar as partes a chegarem a um acordo mutuamente satisfatório. Diferentemente da mediação, em que o mediador incentiva a comunicação e a identificação dos interesses das partes, o conciliador atua de maneira mais ativa e propositiva, sugerindo possíveis soluções para o conflito e buscando conduzir as partes a um consenso. A conciliação é especialmente indicada para questões de natureza patrimonial e que não envolvam vínculos afetivos ou emocionais duradouros entre as partes.

A conciliação no Brasil tem suas raízes na legislação processual civil, que já previa a tentativa de conciliação como uma etapa obrigatória em determinados tipos de processos. No entanto, foi com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que a conciliação ganhou maior

destaque e protagonismo no cenário jurídico brasileiro (AMORIM, 2022). Esses juizados têm como um de seus princípios a busca pela solução consensual dos conflitos, com a realização de audiências de conciliação conduzidas por conciliadores capacitados.

Atualmente, além da previsão legal nos Juizados Especiais, a conciliação é também regulamentada pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que estabelece os princípios, diretrizes e regras gerais para a utilização da conciliação como meio de resolução de conflitos, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Ademais, o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, também reforça a importância da conciliação, estabelecendo como um de seus princípios fundamentais a promoção da solução consensual de conflitos.

O procedimento de conciliação pode ser iniciado por solicitação das partes interessadas ou por determinação judicial. Durante a audiência de conciliação, o conciliador busca criar um ambiente favorável ao diálogo e à negociação, apresentando sugestões e propostas de solução para o conflito, com base nas informações fornecidas pelas partes. Caso seja alcançado um acordo, este será homologado pelo juiz e terá eficácia de título executivo judicial, garantindo a sua execução e cumprimento (LUCATO, 2018).

Os benefícios da conciliação incluem a rapidez e eficiência na resolução de conflitos, a economia de recursos financeiros em comparação ao processo judicial, a preservação de relacionamentos quando possível, a confidencialidade das informações compartilhadas, a autonomia das partes na tomada de decisões e a contribuição para a desjudicialização e a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário (AMORIM, 2022). Ao promover a resolução consensual de conflitos e incentivar a cultura de paz e cooperação na sociedade, a conciliação representa um avanço importante na busca por uma justiça mais acessível, eficiente e adequada às demandas da sociedade contemporânea.

Além disso, a conciliação reforça a ideia de que a justiça não se limita à atuação do Poder Judiciário, mas também pode ser alcançada por meio de mecanismos extrajudiciais e consensuais, que permitam a participação ativa das partes na construção de soluções equilibradas e satisfatórias para seus conflitos.

3.3 ARBITRAGEM

A arbitragem é um método privado e vinculativo de resolução de conflitos, no qual um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, atuam como juízes particulares e emitem uma decisão final e obrigatória, denominada sentença arbitral, para solucionar a disputa. Diferentemente da mediação e da conciliação, a arbitragem tem caráter adjudicatório, ou seja, os árbitros decidem o conflito com base nas provas apresentadas e na aplicação do

direito. A arbitragem é especialmente indicada para questões de natureza patrimonial disponível e envolvendo partes com interesses comerciais ou contratuais.

A origem da arbitragem no Brasil remonta ao Código Comercial de 1850, que já previa a utilização desse mecanismo para a solução de conflitos entre comerciantes. No entanto, foi com a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, conhecida como a Lei de Arbitragem, que o instituto ganhou maior legitimidade e previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei de Arbitragem estabelece os princípios, diretrizes e regras gerais para a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, tanto na esfera nacional quanto na esfera internacional, e confere à sentença arbitral a mesma eficácia e exequibilidade de uma sentença judicial (BRASIL, 1996).

O procedimento de arbitragem tem início com a celebração de um compromisso arbitral pelas partes, que pode ser estabelecido em cláusula compromissória inserida no contrato ou em compromisso arbitral posterior ao surgimento do conflito. Nesse compromisso, as partes definem as regras do procedimento, escolhem os árbitros e determinam o objeto da disputa. Durante o processo de arbitragem, os árbitros conduzem a instrução do caso, analisam as provas e, ao final, proferem a sentença arbitral, que é definitiva e vinculante, não sendo passível de recurso, exceto em casos excepcionais previstos na legislação (FERREIRA, 2018).

A arbitragem apresenta diversos benefícios para a resolução de conflitos, como a celeridade e eficiência na obtenção de resultados, a especialização dos árbitros na matéria em disputa, a autonomia das partes na escolha dos árbitros e na definição das regras do procedimento, a confidencialidade das informações compartilhadas e a possibilidade de solucionar conflitos de natureza transnacional com maior facilidade, em razão da Convenção de Nova Iorque de 1958, que garante o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras nos países signatários (PINHEIRO, 2019).

Portanto, a arbitragem representa uma alternativa eficiente e especializada para a resolução de conflitos, especialmente aqueles de natureza comercial e patrimonial, contribuindo para a ampliação do acesso à justiça e a desjudicialização de disputas. Ao proporcionar maior autonomia e flexibilidade às partes, bem como decisões técnicas e especializadas, a arbitragem se consolida como um importante instrumento no cenário jurídico brasileiro e internacional. Com o crescente reconhecimento de sua efetividade e aprimoramento das práticas e normas aplicáveis, a arbitragem se firma como uma opção viável e vantajosa para a solução de conflitos, promovendo a resolução de disputas de forma célere, especializada e adequada às demandas da sociedade contemporânea.

4. DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA IMPLEMENTAÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apesar dos inegáveis benefícios e avanços proporcionados pelos meios alternativos de resolução de conflitos, ainda existem diversos desafios a serem enfrentados na implementação e na utilização dessas práticas no Brasil. Um dos principais obstáculos é a resistência cultural por parte da sociedade, que, em muitos casos, ainda enxerga o Poder Judiciário como a única instância legítima para a solução de conflitos (FRANCO, 2022). Essa mentalidade se reflete na crescente judicialização de disputas que poderiam ser solucionadas por meio de métodos consensuais, gerando sobrecarga e ineficiência no sistema judiciário.

Outro desafio importante é a necessidade de capacitação profissional adequada para os mediadores, conciliadores e árbitros, uma vez que a qualidade e efetividade desses meios alternativos estão diretamente relacionadas ao nível de formação e experiência dos profissionais envolvidos (AMORIM, 2022). Para tanto, é fundamental investir em programas de capacitação, treinamento e atualização, bem como estabelecer critérios e padrões mínimos de qualificação para a atuação nesses métodos de resolução de conflitos.

A regulamentação legal também representa um desafio para a consolidação dos meios alternativos de resolução de conflitos. Apesar da existência de leis específicas e da previsão constitucional, ainda há lacunas e inconsistências na legislação que podem gerar insegurança jurídica e limitar a efetividade dessas práticas (AMORIM, 2022). Nesse sentido, é importante aprimorar e atualizar a legislação, de modo a garantir maior clareza, segurança e previsibilidade na aplicação dos meios alternativos.

Além dos desafios, há também diversas oportunidades para a expansão e aprimoramento dos meios alternativos de resolução de conflitos. A tecnologia tem um papel fundamental nesse contexto, possibilitando a criação de plataformas e ferramentas digitais que facilitam o acesso e a realização de mediações, conciliações e arbitragens à distância, de forma rápida, econômica e segura. A chamada "Online Dispute Resolution" (ODR) já é uma realidade em diversos países e tem potencial para democratizar ainda mais o acesso à justiça e ampliar a adoção dessas práticas (MESSIAS, 2022).

A cooperação entre os diversos setores envolvidos nos meios alternativos de resolução de conflitos – como Poder Judiciário, instituições de ensino, entidades representativas e profissionais – é outra oportunidade importante para aprimorar e fortalecer essas práticas. Por meio de parcerias e iniciativas conjuntas, é possível promover a troca de experiências, a disseminação de conhecimentos e a criação de políticas públicas e estratégias eficazes para a implementação e utilização dos meios alternativos.

A promoção da cultura de paz e a conscientização da sociedade acerca dos benefícios e vantagens dos meios alternativos de resolução de conflitos também são oportunidades a serem exploradas. Campanhas educativas, palestras, workshops e outras

ações de divulgação podem contribuir para a mudança de mentalidade e a maior aceitação dessas práticas como formas legítimas e eficazes de solução de conflitos (KLEVER, 2016). A inclusão de conteúdos relacionados à mediação, conciliação e arbitragem nos currículos de cursos jurídicos e afins também é fundamental para formar profissionais mais capacitados e conscientes da importância desses meios alternativos.

Outra oportunidade é a criação de políticas públicas e programas de incentivo à adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos em áreas específicas, como na solução de conflitos familiares, consumeristas, trabalhistas, dentre outros. Essas iniciativas podem contribuir para a popularização e o maior engajamento das partes envolvidas em utilizar esses métodos como opções viáveis e eficientes na resolução de suas disputas (FRANCO, 2022).

Por fim, é importante destacar que a expansão e aprimoramento dos meios alternativos de resolução de conflitos não devem ser vistos como uma ameaça ao sistema judiciário, mas sim como uma oportunidade para a complementação e a desoneração do Poder Judiciário. Ao adotar uma abordagem integrada e colaborativa, é possível alcançar uma justiça mais célere, acessível e eficiente, atendendo às demandas e necessidades da sociedade contemporânea.

Em suma, os desafios e oportunidades na implementação e utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos devem ser enfrentados de forma proativa e inovadora, buscando a consolidação dessas práticas como instrumentos efetivos de acesso à justiça e promoção da cultura de paz. Com a superação desses desafios e a exploração das oportunidades apresentadas, será possível construir um cenário jurídico mais ágil, democrático e harmonioso para a solução dos conflitos que permeiam a vida em sociedade.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, exploramos os principais meios alternativos de resolução de conflitos – mediação, conciliação e arbitragem – e sua relevância no contexto do acesso à justiça e aprimoramento da resolução de disputas na sociedade contemporânea. A análise dos conceitos, origens, legislações e procedimentos desses métodos demonstrou que eles apresentam características únicas e complementares, capazes de atender às demandas e necessidades específicas das partes envolvidas em diferentes tipos de conflitos.

Um dos aspectos fundamentais desses meios alternativos é sua capacidade de oferecer soluções mais rápidas, flexíveis e personalizadas em comparação aos processos judiciais tradicionais. Ao evitar a sobrecarga do Poder Judiciário e proporcionar respostas mais ágeis e eficientes aos conflitos, os meios alternativos de resolução de conflitos

contribuem significativamente para a promoção do acesso à justiça, atendendo a um dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Além disso, a participação ativa das partes na construção de soluções consensuais e equilibradas, bem como a possibilidade de escolher profissionais especializados para atuar como mediadores, conciliadores ou árbitros, favorecem a obtenção de resultados mais satisfatórios e duradouros. Nesse sentido, os meios alternativos de resolução de conflitos promovem uma justiça mais próxima das necessidades e expectativas das partes, estimulando a autonomia, a cooperação e a cultura de paz.

No entanto, como abordado anteriormente, existem desafios a serem enfrentados na implementação e utilização dessas práticas, como a resistência cultural, a necessidade de capacitação profissional e a regulamentação legal. A superação desses obstáculos requer esforços conjuntos dos diversos setores envolvidos, incluindo Poder Judiciário, instituições de ensino, entidades representativas e profissionais, bem como a exploração das oportunidades apresentadas pela tecnologia e a cooperação entre os atores relevantes.

A adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos como instrumentos complementares ao sistema judiciário permite a construção de um cenário jurídico mais ágil, democrático e harmonioso, capaz de atender às demandas e desafios da sociedade contemporânea. Nesse contexto, a promoção da cultura de paz, a conscientização da sociedade sobre os benefícios e vantagens dessas práticas, e o estímulo à cooperação e inovação são fundamentais para a consolidação desses métodos como vias efetivas de acesso à justiça e aprimoramento da resolução de disputas.

Em conclusão, os meios alternativos de resolução de conflitos têm um papel crucial na ampliação do acesso à justiça e no aprimoramento da resolução de disputas na sociedade contemporânea. Ao enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades apresentadas, é possível consolidar essas práticas como instrumentos efetivos e valiosos na busca por uma justiça mais acessível, eficiente e harmoniosa, que atenda às demandas e expectativas das partes e contribua para a construção de uma sociedade mais justa e pacífica. Este trabalho buscou apresentar um panorama abrangente dos meios alternativos de resolução de conflitos e destacar sua relevância no contexto atual, evidenciando a importância de continuar investindo no aprimoramento dessas práticas e na superação dos desafios existentes. Assim, a adoção crescente dos meios alternativos de resolução de conflitos pode contribuir de forma significativa para o fortalecimento do acesso à justiça e a promoção de uma cultura de paz em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Georgia Wassouf Fiquene. **As medidas alternativas de solução de conflitos e a acessibilidade à justiça.** 2022. Dissertação de Mestrado. Disponível em: repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/4167. Acesso em 02, mai. 2023.

BATISTA, Magno Alexandre Silveira. A mediação como política pública na solução de conflitos. **Revista Jurídica da Unifil**, v. 14, n. 14, p. 177-200, 2019. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/1071>. Acesso em 10, mai. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08, mai. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 11, mai. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09, mai. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 11, mai. 2023.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem.** N.p., Cia do eBook, 2018.

FRANCO, Luciana Pereira. **Os meios alternativos de solução de conflitos são vantajosos para todos os envolvidos?: uma análise da institucionalização da mediação e da conciliação no Brasil.** Editora Dialética, 2022.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O Direito Fundamental de acesso à justiça.** São Paulo: Editora LTr, 2015.

KLEVER, Paulo Leal Filpo. **Mediação judicial.** Brasil: Mauad Editora, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LUCATO, Ana Paola Nunes Ferreira. **Mediação e conciliação.** São Paulo: Editora Thomsom Reuters, Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MESSIAS, Adriane Rangel. **(Des) democratização da arbitragem: novas perspectivas do instituto sob o viés do acesso à justiça.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)-Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/18692>. Acesso em 11, mai. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 07, mai. 2023.

PINHEIRO, Nathália Amorim. **Contratos internacionais complexos:** conflito de leis no espaço e a arbitragem como método de solução de controvérsias. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/286777587.pdf>. Acesso em 09, mai. 2023.

DIREITO DE RECESSO NA SOCIEDADE ANÔNIMA

HIGOR MARCELO DE OLIVEIRA:

Graduando em Direito, Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – SP, FUNEC¹²⁸

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador)

RESUMO: Este artigo visa a realização de um estudo aprofundado sobre o direito de saída dos acionistas corporativos, mais especificamente o direito de recesso, também conhecido como direito de retirada. Nesse estudo, serão exploradas as nuances desse direito, demonstrando que, em termos teóricos, ele não se trata apenas de um acordo entre os acionistas e a empresa. Pelo contrário, os acionistas dissidentes são responsáveis por sua manifestação voluntária, desde que se configurem como orçamentos disciplinar previstos em lei, sendo este um pré-requisito para a aplicação do direito de rescisão. A consequência legal imposta à empresa diante do exercício desse direito é a desvinculação dos sócios dissidentes da sociedade, bem como a obrigação destes de se submeterem à vontade majoritária dos demais sócios. Além disso, a empresa é obrigada a restituir o valor correspondente aos direitos dos acionistas que exercem o direito de rescisão. Ao analisar o direito de recesso dos acionistas corporativos, compreende-se que sua aplicação vai além de um acordo simples, visto que há disposições legais e disciplinares que precisam ser cumpridas tanto pelos acionistas dissidentes quanto pela empresa em questão. Foi utilizada a metodologia dedutiva por meio de revisão bibliográfica. O estudo aprofundado desse tema contribui para o entendimento do funcionamento dos direitos dos acionistas e das obrigações legais das empresas frente a esse cenário.

Palavras-chave: *Sociedade Anônima. Direito empresarial. Direito de recesso.*

RIGHT OF WITHDRAWAL IN THE CORPORATION

ABSTRACT: *This article aims to carry out an in-depth study on the right of exit of corporate shareholders, more specifically the right of withdrawal, also known as the right of withdrawal. In this study, the nuances of this right will be explored, demonstrating that, in theoretical terms, it is not just an agreement between shareholders and the company. On the contrary, dissenting shareholders are responsible for their voluntary manifestation, as long as they are configured as disciplinary budgets provided for by*

¹²⁸ E-mail: higormarceloo@outlook.com

law, which is a prerequisite for the application of the right of rescission. the disengagement of dissenting partners from the company, as well as their obligation to submit to the majority will of the other partners. In addition, the company is obliged to refund the amount corresponding to the rights of the shareholders who exercise the right of rescission. legal and disciplinary that need to be fulfilled both by the dissenting shareholders and by the company in question. A deductive methodology was used through a bibliographical review. The in-depth study of this theme contributes to the understanding of the operation of shareholders' rights and the legal obligations of companies in this scenario.

Keywords: Corporation. Business law. Right of recess.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho estuda principalmente o direito de saída dos pequenos e médios acionistas da empresa. No direito societário, os empresários são, para todos os efeitos, a empresa e não seus sócios, ou seja, são chamados de empresários porque investem capital e são responsáveis pela concepção e condução do negócio, ou também podem ser chamados de investidores e só contribui para o desenvolvimento da empresa. A sociedade mercantil é um conceito mais amplo da companhia aberta porque engloba uma forma organizada de atividade econômica que produz ou circula bens e serviços com base no investimento conjunto de mais de um agente. As firmas comerciais são sempre individualizadas, ou seja, são pessoas que não são sócias com seus próprios direitos e obrigações. A própria associação tem atividades econômicas.

Assim, nem sempre a vontade dos fundadores está alinhada de forma a se representarem em paralelismos harmoniosos, ou seja, os conflitos de interesses são flagrantes. Esses conflitos que espreitam na sociedade não são novos e, em muitos casos, colocam em risco a vida da sociedade e, em muitos casos, levam à dissolução efetiva e, portanto, à morte da empresa. Portanto, ao se tentar estudar as sociedades anônimas, deve-se atentar para a evolução por que passam as sociedades do ponto de vista jurídico e multidisciplinar. As sociedades anônimas precisam refletir sobre os mais diversos campos de trabalho para poderem apreciar plenamente os fenômenos econômicos, políticos e sociais que têm norteado essas empresas e sua crescente utilização como ferramentas de negócios no mundo moderno.

Ainda visando este trabalho de pesquisa, alguns aspectos relacionados às empresas são discutidos. Oferece sua conceituação, passando por sua origem e evolução da legislação brasileira vigente. Abordará também as características, tipos e modalidades dos valores mobiliários que consistem em emissões de ações, e discutirá a responsabilidade civil de seus administradores e os processos de responsabilidade contra

eles. Conforme estipulado no art. 4º da Lei 6.404/76, podem ser sociedades de capital aberto, ou seja, sociedades com ações negociadas em bolsa de valores, e mesmo sociedades de capital fechado com ações negociadas no mercado de balcão.

Tratando-se do direito de saída dos acionistas minoritários de uma empresa, o principal método serão os pressupostos em nosso ordenamento jurídico sobre tratar do direito de saída dos acionistas minoritários de uma empresa, que é um processo muito comum para os sócios se retirarem de uma determinada negócios. Outro aspecto relacionado, e foco desta monografia, diz respeito ao valor da remuneração paga ou paga aos acionistas dissidentes de uma empresa por suas ações.

Defensores do pensamento clássico argumentam que o valor da empresa é o valor do patrimônio contábil, o que na realidade nem sempre reflete a verdade da questão. Isso porque os lançamentos contábeis são um reflexo do passado. alianças, bem treinadas A equipe, processo, potencial de expansão da marca e seu preço relativo, e outros fatores objetivos e subjetivos de grande relevância.

Este artigo conclui com as considerações finais nas quais são feitos pontos conclusivos pendentes que, posteriormente, estimulam um continuum de pesquisa e reflexão sobre o direito de saída, a capacidade dos acionistas minoritários de contestar a sociedade e o posterior pagamento de reembolsos de ações.

Para este trabalho, as seguintes hipóteses são feitas:

- I. O direito de retirada é um contrapeso à regra da maioria que prevalece na empresa. Assim, a presunção de atribuição do direito de recesso aos acionistas dissidentes e conseqüente indenização é exaustiva na determinação do conteúdo da legislação e dos estatutos da sociedade.
- II. A Lei 6.404/76 sofreu duas importantes alterações trazidas pela Lei nº. No entanto, as Leis 9.457/97 e 10.303/01 ficam aquém de seu objetivo principal de garantir que os acionistas minoritários apliquem de forma mais eficaz as disposições que protegem seus direitos.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 SOCIEDADES

As empresas empresariais desempenham um papel importante na economia mundial, quer pelo número de pessoas que empregam, quer pelo volume dos seus negócios, quer pelo impacto que têm nos diferentes cidadãos e sociedades em diferentes pontos do globo.

Faz-se necessário estudar o nascimento e o desenvolvimento histórico do direito comercial, não só pelos conceitos de conduta comercial e direito comercial, mas sobretudo, para a compreensão do direito comercial atual. O direito comercial, como ramo autônomo do direito, teve origem na Idade Média e é o resultado das relações jurídicas decorrentes de atividades econômicas específicas exercidas pelos comerciantes (JOÃO, 2017).

No Brasil, antes da introdução do novo Código Civil, comerciante era qualquer pessoa física ou jurídica que exercia atividade comercial em nome próprio, de forma habitual e profissional, como meio de ganhar a vida e obter lucro, e foi constituída sob a forma de pessoa jurídica, independente de suas atividades.

As sociedades anônimas surgiram relativamente tarde no contexto jurídico e social. A teoria jurídica da sociedade anônima foi fortemente influenciada desde o seu início pelas ideias e princípios que regem o conceito de sociedade desde os romanos. A corporação é, portanto, considerada um contrato e, portanto, um acordo de vontade. Toda a sua disciplina jurídica originária decorre dessa ideia fundamental.

2.2 SOCIEDADE LIMITADA

A sociedade de responsabilidade limitada é o tipo mais comum hoje. O Novo Código Civil regulamenta de forma abrangente as sociedades limitadas. Nos artigos 1.052 a 1.087, a Lei da Limitada será considerada tacitamente revogada (Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1.919). Embora o Decreto nº 3.708/19 utilize a expressão sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a doutrina geralmente utiliza o modo como as sociedades estão expressos, é o que prevê o novo Código Civil. Então a responsabilidade da sociedade limitada? Na verdade, não, porque "limitada" é a responsabilidade dos sócios, não da sociedade. Os sócios são, em princípio, apenas responsáveis pelos seguintes Responsabilidade é responsável pelo capital social subscrito, integralizado ou não. Se não for integralizado, os sócios respondem solidariamente pela responsabilidade (SILVA, 2017).

2.2.1 Natureza da sociedade limitada

A sociedade limitada é uma empresa personalizada derivada de um contrato social e deve ser registrada na Junta Comercial. Como a relação corporativa é criada por contrato, a LLC é classificada como uma parceria contratual (em oposição a uma parceria institucional como uma corporação). O nascimento da empresa personalizada ocorrerá após o registro deste contrato na Junta Comercial.

2.2.2 Sociedade em nome coletivo

A denominação de empresa em nome coletivo justifica-se historicamente devido à prática passada de usar como assinaturas os nomes completos de todos os seus sócios, como José Maria da Silva, Geraldo Magela de Souza e João Carlos Oliveira; portanto, a coleta de nomes é uma expressão fiel da racionalidade social (MOSSA, 2015).

O conteúdo do art. 1.039 do Novo Código Civil, a sociedade em nome coletivo é constituída por pessoa física, o verbo:

Artigo 1.039 - Só podem participar na sociedade pessoas singulares em nome coletivo, respondendo todos os sócios solidariamente e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Parágrafo Único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, os sócios podem, quer no ato constitutivo quer por convenção unânime posterior, limitar a responsabilidade de cada um para com o outro (BRASIL, 2015, n.p.)

Portanto, não se pode afirmar que os sócios da sociedade em nome coletivo, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, sejam solidários e solidários com as obrigações sociais, porque a sociedade em nome coletivo não tem personalidade jurídica.

2.2.3 Sociedade em comandita simples

Segundo o Dicionário Houaiss, a etimologia da palavra *commandita* não é simples: vem do francês *commandite*, que é derivado do italiano *accomandita*, usado antes de 1311, traduzindo tutela, tutela. Ainda de acordo com aquele trabalho, ordem é uma palavra com duplo sentido, e em certa medida opostos e complementares; traduzirá a ideia de entrega de valor (fundos) em gestão nos negócios, referindo-se à conduta dos sócios comanditários, e a ideia de gerenciando as atividades comerciais da sociedade limitada, como um sócio comanditário de conduta. Embora esta seja uma empresa que tem pouquíssimas aplicações no momento, uma sociedade limitada se transforma em um tipo de negócio e atende a uma determinada estratégia de investimento, infelizmente, provavelmente servirá a essas pessoas (MAMEDE, 2017).

Na verdade, é muito benéfico para quem tem interesse em investir em uma atividade empresarial simples ou empresarial, mas não quer se preocupar com sua gestão, nem com o ato repetitivo de concretizá-la; para eles, a lei permite simplesmente estar à disposição dos fundos da empresa, exercício de certos direitos (MAMEDE, 2017).

O regime jurídico das sociedades limitadas é afirmado no novo Código Civil, conforme disposto no artigo 1.045:

Artigo 1.045 - Na sociedade em comandita, participam duas classes de sócios: os comanditados, pessoas físicas, que respondem solidariamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, que respondem apenas pelo valor de suas quotas.

Parágrafo Único. O contrato deve distinguir entre sócios comanditados e comanditários. (BRASIL, 2015, n.p.)

2.3 SOCIEDADES ANÔNIMAS

Uma sociedade anônima é um tipo muito importante de empresa. Na verdade, a maioria das grandes empresas são organizadas como sociedades anônimas (SA). A expressão empresa é sinônimo da expressão sociedade. O regime jurídico das empresas é estabelecido pela Lei 6.404/76. Tratando-se de diploma legal dotado de meios de ordem pública, havendo significativos interesses sociais nas atividades econômicas de grande porte desenvolvidas pelas empresas.

Por todas essas razões, as empresas são conhecidas como empresas institucionais. Esse caráter institucional decorre de sua função social e não de seu negócio constitucional, pois a sociedade anônima, embora derivada de um acordo de vontade de direito privado, é uma instituição de interesse coletivo. Uma corporação opera em um ambiente social como uma organização legal de uma corporação e é considerada uma instituição de interesse público (CARVALHOSA, 2013).

2.3.1 Conceito

A sociedade anônima, também conhecida como "sociedade anônima", é uma sociedade anônima com o capital social dividido em ações, título no qual os sócios, denominados acionistas, respondem pelas obrigações sociais até o preço de emissão das ações de sua titularidade. O conceito de sociedade está assim definido no artigo 1º da Lei 6.404/76, que dispõe que a sociedade por ações:

artigo 1º - a sociedade ou sociedade divide seu capital em ações, ficando a responsabilidade dos sócios ou acionistas limitada ao preço de emissão para a subscrição ou aquisição das ações (BRASIL, 1976, n.p.)

2.3.2 Classificação

As empresas são classificadas como abertas ou fechadas, dependendo se seus valores mobiliários são licenciados para negociação em bolsa de valores ou em mercado de balcão. No entanto, os critérios para identificar uma empresa de um tipo ou de outro

são meramente formais, ou seja, a admissão dos valores mobiliários de uma empresa à negociação em bolsa de valores ou mercado de balcão é suficiente para ser considerada pública.

Entretanto, para que uma empresa tenha seus títulos licenciados para negociação em bolsa de valores ou mercado de balcão – o que proporcionaria maior liquidez para os investimentos representados por tais títulos – ela precisa obter a devida autorização do governo federal. Uma empresa só pode ser aberta se autorizada nestes termos. A agência do governo federal mandatada por lei para conceder tal autorização é um órgão autoritário conhecido como Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Esse poder foi criado pela Lei nº 10. 6.385, de 1976, e em conjunto com o Banco Central, supervisionar e controlar o mercado de capitais de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

Especificamente em meu país, a fiscalização das sociedades anônimas adotou uma bifurcação fundamental, ou seja, a distinção entre sociedades fechadas e sociedades abertas. Apesar de serem todas do mesmo tipo societário, elas aparecem ao público investidor de forma muito diferente, obrigando à construção de duas normas únicas.

2.4 CONCEITO DE VALOR MOBILIÁRIO

Por meio do estudo das empresas, da análise da tabela acima, é importante ressaltar o conceito de valor mobiliário, pois além de integrar os conceitos de companhias abertas e fechadas, também define as competências da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, o que pode ser obtido a partir do que se infere do artigo 1º Incisos I, II e 2 da Lei 6.385/76, alterada pela Lei 10.303/01:

Artigo 1º - Estão sujeitos a disciplina e fiscalização nos termos desta Lei os seguintes atos:

I - Emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado;

II - Negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários;

(...)

Artigo 2º - Estão sujeitos a esta Lei os seguintes títulos:

(...) (BRASIL, 2001, n.p.)

Os valores mobiliários são títulos de investimento emitidos por empresas para obtenção de capital. É um investimento social oferecido pela empresa ao público. Um título é aquele que confere certos direitos ao beneficiário contra a empresa emissora. Valor

patrimonial é um termo genérico. Entre os tipos de valores mobiliários, existem vários tipos, que são especificados no Artigo 2º da Lei 6.385/76, ex:

- I. Ações, títulos e bônus de subscrição;
- II. Cupons, títulos, recibos de subscrição e certificados fracionados relativos aos referidos valores mobiliários;
- III. Comprovante de depósito;
- IV. Cédulas de debêntures;
- V. Participação do fundo de investimento em quaisquer ativos em valores mobiliários ou clubes de investimento;
- VI. Nota comerciais;
- VII. Futuros, opções e outros contratos de derivativos cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;
- VIII. Outros contratos de derivativos, independentemente do ativo subjacente (BRASIL, 1976, n.p.).

No momento da oferta pública, qualquer outro valor mobiliário ou contrato de investimento coletivo que dê origem a direitos de participação, direitos de parceria ou remuneração, incluindo rendimentos provenientes da prestação de serviços provenientes do esforço de empresários ou de terceiros. Embora não conste da lista acima, a doutrina inclui um nome no tipo de valor mobiliário chamado partes beneficiárias. São títulos emitidos por uma sociedade anônima fechada cujos beneficiários fazem jus a um percentual dos lucros da empresa (SILVA, 2017).

2.4.1 Ações

As ações representam a participação acionária nas unidades de participação da empresa, que conferem aos seus titulares direitos e obrigações específicos. É toda parte de igual valor em que se divide o capital da sociedade, mas também é uma espécie de propriedade pelas condições dos sócios. Assim, uma ação é ao mesmo tempo parte do capital social, um conjunto de direitos pertencentes aos seus titulares e uma propriedade representativa dos direitos dos acionistas. As ações, por outro lado, são indivisíveis para uma empresa. Quando as quotas pertencem a mais do que uma pessoa, os direitos por ela conferidos serão exercidos pelos representantes do apartamento (FAZZIO JUNIOR, 2010).

É também o nome da participação social, estendendo-se aos titulares de direitos e deveres sociais e, portanto, do caráter de um ambiente inclusivo, permitindo que seus titulares formem comunidades sociais e assim estabeleçam relações planejadas e organizadas dentro da empresa, embora deve respeitar os objetivos estabelecidos por regulamentos e legislação. As ações representativas do capital social de uma sociedade são especificadas nos estatutos, geralmente, não têm valor nominal e são aquelas que não representam monetariamente a sua participação na formação do capital social.

O artigo 11 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), que dispõe sobre a emissão de ações sem valor nominal, consta da exposição de motivos "Trata-se de maior agilidade para o aumento do capital social e sua presença contribuirá para reduzir os desarrazoados a importância deste é atribuído ao valor de face das ações dos nossos participantes do mercado de capitais, prejudicando o seu normal funcionamento, tendo em vista a definição mais rígida das responsabilidades dos acionistas controladores e administradores, recomenda-se inovar" (BRASIL, 1976).

2.5 ACIONISTA MINORITÁRIO NA SOCIEDADE ANÔNIMA

A prática das relações sociais societárias não comprova a efetiva proteção do poder de fiscalização administrativa dos minoritários, que normalmente é exercido pela maioria dos controladores. No Brasil, esse problema é agravado quando as pessoas percebem que está sempre nas mãos de poucos. As leis que pretendem proteger os acionistas minoritários também querem resguardar os interesses corporativos intimamente ligados aos dos acionistas controladores, dando vida aos laços que os unem. Assim, em meio à complexidade dessas relações, poucos sobrevivem sem a oportunidade de fiscalizar com maior eficiência as atividades administrativas (BENCKE, 2013). Pela mesma razão, os legisladores consideraram adequado proteger os interesses dos acionistas minoritários, dado seu papel fundamental no desenvolvimento das empresas e seu relacionamento insuficiente com os acionistas majoritários.

2.5.1 Conflito de interesses

O conceito de conflito de interesses faz parte dos fundamentos da civilização ocidental, enraizado no pensamento judaico-cristão e nos debates que ocorrem nos mais diversos campos da ciência humana. Este conceito também não é novo para a ciência jurídica. Jhering refere-se aos próprios direitos subjetivos como interesses legalmente protegidos. Carnelutti, por sua vez, ensinou: "O elemento econômico do direito é o conflito de interesses. Sem conflito de interesses não há direito à vida; e nenhuma análise de qualquer fenômeno jurídico pode encontrar a origem desse conflito" (CUNHA, 2017).

Ressalte-se que, embora o exercício do direito de voto seja opção dos acionistas, não é arbitrário. É um direito que está juridicamente vinculado à sua função social imediata

(corporação, entendida como um coletivo de acionistas) e mediação (sociedade em geral, ou seja, uma comunidade que a corporação não define, mas abrange todo o país). A participação em coletividades de acionistas (*a universitates personarum*), mesmo em negócios com fins lucrativos, pressupõe honestidade de propósito, respeito pela empresa, pelas suas funções sociais e económicas e pelos demais parceiros.

Neste caso, uma instalação do artigo 115 da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76) assim define o verbo abusar do poder:

Artigo 15 - Os acionistas devem exercer o seu direito de voto em benefício da sociedade, devendo ser considerado o exercício do direito de voto com a finalidade de causar prejuízo à sociedade ou a outros acionistas, ou para obter vantagens para si ou para outrem que causem ou possam causar prejuízos à sociedade empresa abusiva ou outros acionistas (BRASIL, 1976, n.p.)

No contexto corporativo, o interesse social serve como medida de caracterizações específicas de abuso de poder. Assim, quando um acionista viola o voto em sentido objetivo, demonstrando que foi eleito pelo legislador, por exemplo, o legislador enumera algumas das circunstâncias mais evidentes que se considera ensejar a responsabilidade civil do autor, pelo que o voto é considerado abuso de poder. Refira-se que os votos continuam válidos e contados, contudo, mesmo que não ganhem para alcançar a deliberação, criam, como sanção, a obrigação de reparar o dano material ou moral causado.

2.6 DIREITO DE RECESSO NA SOCIEDADE ANÔNIMA

Segundo Anna Luiza Prisco Paraíso (2010), o direito de saída do acionista inclui a faculdade legal de extinguir por ação unilateral a sociedade que o vincula à sociedade nos casos previstos em lei, passando à posição de credor dele, para o Resgate valor das ações. Os acionistas têm o direito de deixar a empresa após o reembolso do valor de suas ações se discordarem de determinadas deliberações da assembleia geral de acionistas. Sendo o direito de retratação um poder estatutário exercido pelos acionistas através de atos jurídicos unilaterais, pertence à categoria dos direitos testamentários ou formativos. Com efeito, a doutrina italiana qualifica-o como poder de prova, por se tratar de um poder conferido a um dos sujeitos de uma relação jurídica.

O direito de retirada é um ato jurídico unilateral, pois basta a manifestação de vontade de uma das partes na relação para causar consequências jurídicas. Essa consequência é o fim da relação jurídica entre os acionistas e a sociedade.

Vivante (2010) foi um dos primeiros estudiosos a escrever sobre as razões para incluir o direito de retirada na legislação. Segundo ele, o papel do órgão jurídico é impedir o bom andamento da transição, proteger os interesses individuais dos acionistas da maioria e servir de mediador entre a autonomia da entidade e a autonomia dos acionistas. Ainda segundo Anna Luiz Prisco Paraiso (2010), ela aponta três razões para a existência do direito de retirada, com base nos ensinamentos transcritos de Vivante. Primeiro, ele afirma, esse direito atua como um obstáculo à facilidade de transição. Não há dúvida de que o direito de retirada impediu as intenções de reforma da Assembleia Geral. Isso porque, caso seja aprovado o aditamento que criou tais direitos, e retirada a declaração, a companhia terá de ressarcir o valor das ações dissidentes. O reembolso representa, assim, uma descapitalização da sociedade, que se procurará evitar.

Em segundo lugar, ele afirma que o direito de retirada é uma garantia dos interesses pessoais dos acionistas. Claro que esta é também uma das finalidades principais deste direito, nomeadamente a proteção dos acionistas individuais.

Por fim, Vivante ensina que o objetivo do direito de retirada é conciliar a autonomia social com a autonomia do acionista. É certo que, até hoje, esta é uma das principais razões da existência deste direito.

2.6.1 Direito Essencial e Individual

O direito de retirada pertence aos direitos básicos e direitos individuais dos acionistas. Portanto, os acionistas têm o direito de se retirar da empresa se discordarem da decisão da assembleia geral de acionistas sobre questões fundamentais. Este acionista pode fazê-lo vendendo suas ações a terceiros. No entanto, suas ações podem não ter valor de mercado e, para evitar prejuízos aos acionistas dissidentes, a lei garante a você o direito de retirar suas ações, portanto, suas ações têm valor compensatório. Algumas pessoas dizem que a classificação mais importante dos direitos dos acionistas é a distinção entre direitos individuais e direitos sociais. Os direitos individuais são aqueles consagrados nas leis que regem a sociedade que o corpo não tem o direito de suprimir ou limitar. Os direitos sociais, por sua vez, serão aqueles direitos que resultam da legislação e posterior deliberação parlamentar (PARAISO, 2010).

Observou-se, no entanto, que uma clara distinção entre as esferas de ação do direito social e pessoal é um dos problemas mais difíceis da jurisprudência. Os direitos pessoais são definidos como direitos substantivos sobre as qualidades do sócio, sem os quais o sócio não teria ingressado na firma.

2.6.2 Natureza Jurídica

No que diz respeito às características e natureza jurídica das instituições estudadas, importa referir que o direito de retratação traduz uma permanente tensão entre os interesses pessoais dos sócios e as necessidades e desenvolvimento da sociedade. O direito de retratação surge como uma das formas de direitos individuais e fundamentais dos acionistas, não podendo ser destituído nem pelos estatutos da sociedade nem pela assembleia geral de acionistas (MAMEDE, 2017).

Para confirmar isso, duas teorias foram propostas. A primeira teoria, conhecida como teoria jurídica, sustenta que o direito de retratação assenta na vontade do legislador, cujas disposições são de ordem pública, ou seja, irrevogáveis, salvo leis ou leis inderrogáveis. Assembleia Geral. A teoria contratual trata a rescisão como a rescisão parcial do contrato social da empresa, causada por alteração dos termos fundamentais e essenciais em que se baseava o contrato original, por parte dos acionistas. Graças a esta teoria, o direito de retratação passará a ser norma supletiva da vontade das partes, simpatizando com a sua renúncia ou modificação. Se a formulação do contrato tem a vantagem de interpretar coerentemente a existência do contrato mesmo quando um ou mais sócios se retiram, é igualmente certo que o artigo 109, V, da Lei 6.404/76 acolhe a teoria jurídica (BRASIL, 1976, n.p.)

Nesse sentido, é importante ressaltar as manifestações colhidas por nosso juízo, conforme jurisprudência citada no parecer do Dr. Lisete Maria Skrebski (2015, n.p.), promotora de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme segue:

Parece que o direito de retirada garantido pela lei anterior tem a mesma base que o direito de retirada que ela mantém. Bem como mudanças nas condições de convivência social ou mudanças no relacionamento entre a sociedade e os acionistas. Dá aos acionistas o direito de retirada quando mudanças nessas relações afetam seus direitos. Como enfatiza a galeria, é fato incontestável que a Lei 6.404 foi promulgada para proteger os acionistas minoritários. No caso do direito de saída, é mais visionário que o anterior no sentido de resguardar os direitos dos acionistas, por força do art. 137, I, autoriza o uso desse direito ainda que o acionista tenha se absterido de votar na deliberação ou esteja ausente da assembleia, o que o antecessor não teve. Interpretar este dispositivo de forma restritiva, como pretendido pelo recorrente, é matar o espírito da lei. O aparato jurídico não se explica isolando-o de seu acervo, muito menos dos sistemas ativos que o editam".

O direito de retirada também é considerado pela doutrina como um direito probatório ou formativo. Um direito testamentário é o direito que permite ao seu titular alcançar os resultados desejados, independentemente da vontade de outros. A única coisa que resta ao outro extremo da relação é obedecer à vontade expressa do titular do direito de formação. Foi o que aconteceu com o direito de adiamento. Sempre que permitido por lei, o titular desta declaração manifesta à empresa a intenção de se retirar da declaração e, independentemente das ações tomadas pela empresa, o efeito desta declaração será realizado, embora assuma a validade da declaração. São eles os efeitos: pagamento do valor de reembolso aos acionistas nos termos legais; ou reconsideração de decisões que ensejem direito de recesso (MAMEDE, 2017).

Portanto, o direito de recesso nada mais é do que o direito dos sócios da companhia de retirarem-se após serem indenizados, desde que atendidos determinados requisitos legalmente previstos. Surgida pela primeira vez em 1882, esta instituição foi prevista no Código Comercial italiano e sistematicamente introduzida em diferentes legislações em todo o mundo.

2.7 DIREITO DE RETIRADA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O direito de recesso foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1919, por meio da promulgação do Decreto nº 3.708, que abrange também as sociedades limitadas, atualmente conhecidas apenas como sociedades por cotas de responsabilidade limitada. O artigo 15 da referida lei dispõe o seguinte:

Os acionistas que não concordarem com a alteração dos estatutos da sociedade têm o direito de se retirar da sociedade e receber uma indenização em montante correspondente ao seu capital na proporção do último balanço aprovado. No entanto, estão obrigados a parcelar de acordo com suas respectivas cotas, sendo essas parcelas necessárias ao pagamento das obrigações contratuais, até a data do registro final das alterações estatutárias (1919, n.p.)

Até o Decreto nº 21.536, de 15 de junho de 1932, a empresa sabia que o direito de recesso ainda era restrito. O estatuto permite que os acionistas dissidentes retirem alterações nas preferências e vantagens, bem como criem preferências mais favoráveis para o compartilhamento. O Decreto nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 ampliou os fundamentos do direito de revogação, mas acrescentou mudanças nos objetivos fundamentais da sociedade; incorporação da sociedade em outra sociedade ou sua fusão; extinção do estado de liquidação quando a sociedade for restabelecida à normalidade (CARVALHOSA, 2013).

Por fim, foi promulgada a Lei nº 6.404, que é a legislação vigente que trata do direito de recesso da empresa. Alterada pela Lei nº 9.457 de 5 de maio de 1997 e Lei nº 10.303 de 31 de outubro de 2001, algumas disposições da Lei foram alteradas, inclusive aquelas relativas ao direito de retirada.

2.7.1 As hipóteses do direito de retirada na atual legislação brasileira

A hipótese de que os acionistas minoritários possam exercer o direito de recesso é aquela atualmente expressa na Lei 6.404/76, alterada pelas Leis 9.457/97 e 10.303/01. Segundo Anna Luiza Prisco Paraíso (2010), as referidas leis foram promulgadas para facilitar a criação de grandes empresas privadas, e uma das formas de atingir seus objetivos foi mobilizar a poupança popular para o setor empresarial, com o objetivo de capitalizar recursos próprios, evitando assim o endividamento da empresa (BRASIL, 1976).

Vale ressaltar que os acionistas que discordarem de determinadas deliberações da assembleia geral de acionistas têm o direito de se retirar. Assim, certas alterações aos estatutos da sociedade por deliberação da assembleia geral de acionistas constituem uma presunção do direito de retratação. Mas é preciso acrescentar que os pressupostos previstos na Lei são taxativos, ou seja, não a suprime pelo Estatuto Social.

Nesse sentido, na sequência deste estudo, serão analisados separadamente os pressupostos previstos na Lei das Sociedades por Ações e, em especial, os previstos no art. 137 e art.136 da Lei 6.404/76.

O artigo dispõe que na ausência de disposição no contrato social da companhia que proíba a negociação de suas ações em bolsa de valores ou no mercado de balcão, a aprovação por acionistas detentores de, pelo menos, metade do capital votante é necessária para tal deliberação. A validade da deliberação está condicionada à aprovação prévia ou aprovação em assembleia especial por mais da metade dos titulares de cada classe de ações preferenciais desvalorizadas, dentro do prazo de um ano, sem possibilidade de prorrogação, conforme estabelecido pelo administrador e em conformidade com as formalidades estipuladas nesta Lei (JOÃO, 2017).

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tem a prerrogativa de autorizar a redução do quórum exigido por esta seção, para representar menos da metade do capital da companhia aberta, desde que disperso no mercado e que as últimas três assembleias tenham contado com a presença de acionistas. Nesse caso, a autorização da CVM será mencionada no edital de convocação, e a deliberação de redução do quórum só poderá ocorrer em terceira convocação. Também se aplica à assembleia especial de acionistas preferencialistas mencionada no parágrafo 1º (JOÃO, 2017).

Por fim, Na ausência de aprovação prévia, a ata da assembleia geral de acionistas que deliberar sobre os itens 1 e 2 deve registrar que a deliberação só entrará em vigor após a aprovação em assembleia extraordinária,

Na verdade, o art. 37, que trata do direito de retirada, trata do art. 136 da referida Lei:

Art. 137 - Aprovar as matérias previstas nos itens 1 a 6 e 9 deste artigo. O art. 136 confere ao acionista dissidente o direito de se retirar da sociedade após o reembolso do valor de suas ações (art. 45), observadas as seguintes regras: (Redação da Lei nº 10.303, de 2001).

I - No caso dos Projetos de Arte I e II. 136, somente os titulares de ações de espécie ou classe prejudicada têm direito de retirada; (incluído na Lei nº 9.457, de 1997)

II - No caso dos Projetos de Arte IV e V. Nos termos do artigo 136, não terão direito de recesso os titulares de ações de espécie ou classe líquidas e dispersas no mercado, observada a existência de:

a) Liquidez, quando a espécie ou classe de ações ou o título que a representa contiver índice geral representativo de carteira de valores mobiliários, definida pela Comissão de Valores Mobiliários, admitida à negociação no mercado de valores mobiliários, nacional ou estrangeiro; e (redação prescrita pela Lei nº 10.303 de 2001)

b) Descentralizada, ou seja, acionistas controladores, holdings ou outras sociedades por eles controladas detenham menos da metade da classe ou classe de ações; (redação dada pela Lei nº 10.303 de 2001)

III - No caso de projeto artístico IX. 136, o direito de recesso só existirá se a cisão significar: (redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

a) Alteração do objeto social da sociedade, salvo se a participação societária da cisão for transferida para empresa cuja atividade principal seja compatível com o objeto social da cisão; (Conteúdo na Lei nº 10.303, de 2001)

b) redução do dividendo obrigatório, ou (contido na Lei nº 10.303 de 2001)

c) Participação em grupos de sociedades (Conteúdo na Lei nº 10.303 de 2001)

IV - O reembolso das ações deverá ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da ata da assembleia geral; (redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

V - O prazo para impugnação às deliberações das reuniões extraordinárias (art. 136, § 1º) será contado a partir da publicação da ata da respectiva reunião; (redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

VI - A remuneração só poderá ser devida após o cumprimento do disposto no Artigo 3º e (se for o caso) a deliberação aprovada pela Assembleia Geral de Acionistas. (redação na Lei nº 10.303 de 2001)

§ 1º - Os acionistas que discordarem da deliberação da assembleia, incluindo os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, poderão exercer seu direito de recurso para comprovação das ações por eles detidas na data em que o aviso de convocação da assembleia foi publicado pela primeira vez, ou na data em que o objeto material da resolução foi comunicado, se apenas anteriormente. (redação dada pela Lei 9.457 de 1997)

§ 2º - O direito à remuneração poderá ser exercido no prazo previsto no inciso IV ou V deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular da ação tenha se absterido de votar na deliberação ou não comparecido à reunião (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 3º - No prazo de dez dias após o término do mandato referido nos itens 4º e 5º deste artigo, conforme o caso, contados da data de publicação da ata da assembleia geral de acionistas ou da assembleia extraordinária aprovada os acionistas que discordarem dos direitos de recompra para pagar o preço de remuneração das ações colocarão em risco a estabilidade financeira da empresa e poderão convocar uma assembleia geral de acionistas para aprovar ou reconsiderar a resolução. (redação dada pela Lei nº 10.303 de 2001)

§ 4º - Caso o acionista não o exerça no prazo estabelecido, perderá o direito de recesso. (redação dada pela Lei nº 9.457 de 1997)

Este regulamento disciplina o direito de recesso dos acionistas dissidentes, estabelecido quando de sua criação e profundamente modificado com a edição da Lei 10.303/01. Infelizmente, o caso de saques autorizados muda constantemente, dependendo das necessidades do momento. É importante ressaltar que o direito de retirada só existirá se houver desproporção entre as espécies e classes de ações. Se a empresa emitir apenas ações preferenciais, os interesses pecuniários dos acionistas ordinárias serão prejudicados, pois as novas ações preferenciais irão drenar recursos utilizados para pagar dividendos aos demais acionistas. O mesmo prejuízo foi verificado ao alterar a relação proporcional entre as espécies e categorias de ações do aumento de capital. A adição de ações preferenciais de forma desproporcional ao número de ações existentes pode não apenas prejudicar os interesses dos acionistas ordinários, mas também pode eventualmente prejudicar os interesses de outros acionistas preferencialistas (MOSSA, 2015).

Com relação à alteração das condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, cabe esclarecer que o contrato social da companhia poderá prever o resgate ou amortização de ações preferenciais. Essas ações têm um prazo determinado para pagar seu valor. "O resgate é naturalmente um ato unilateral da sociedade pelo qual os sócios são excluídos após o reembolso do valor do seu capital participativo. Pela sua coercitividade e compulsão, este ato pode conjugar traços de violência e profunda discórdia, pelo que, quando concretizado, exige a máxima atenção à salvaguarda dos direitos das minorias" (PARAISO, 2010).

Ações amortizadas são ações cujos titulares receberão um valor que poderá atingi-los antecipadamente caso a empresa seja liquidada. Com relação à criação de uma nova classe mais favorecida de ações preferenciais, o texto legal estabelece de forma bastante clara e precisa que a presunção em questão somente ocorrerá quando da criação da nova classe mais favorecida. Dessa forma, a CVM entende que, embora não resulte em perda ou redução do patrimônio líquido das ações preferenciais, a criação de uma nova classe menos favorável o faz para as ações ordinárias.

A redução do dividendo obrigatório, a redução dos benefícios já conferidos aos acionistas, a exemplo das hipóteses previstas no item anterior, constitui em si uma situação de adiamento, sem lhe acrescentar novas circunstâncias. A receita prometida aos acionistas foi simplesmente reduzida, frustrando suas expectativas. Após a cisão, reduções indiretas podem ocorrer caso a constituição da nova empresa não preveja normas que garantam igual ou maior retorno sobre o capital investido pelos acionistas. Considerando um procedimento mais complexo, sem alterar o texto dos regulamentos existentes, a redução das vantagens conferidas aos sócios, desde a transferência de capital à constituição da nova sociedade e posteriormente à distribuição de lucros é menos favorável (PARAISO, 2010).

Neste caso, o direito de retirada é reduzido. Porque se a empresa for aberta, os acionistas podem facilmente negociar suas ações no mercado de capitais, portanto não há direito de saída. A lei proíbe os detentores de retirar ações de alta liquidez cujas cotações façam parte de um índice que pode ser negociado na bolsa de valores. A lei também veda a saída de acionistas dispersos, ou seja, quando o acionista controlador detém menos da metade das ações em circulação. Dentre essas premissas, a lei entende que é mais fácil para o acionista sair da companhia com a venda de sua participação societária sem sacar os recursos alocados à companhia. Em resumo, se a empresa fechar ou abrir, os acionistas dissidentes terão o direito de retirar e ser reembolsados, mas suas ações são ilíquidas e fragmentadas(PARAISO, 2010).

Em 1989, a lei societária sofreu um verdadeiro golpe e a Lei nº 1 foi aprovada. 7.958, de 20 de dezembro de 1989, que adquiriu a alcunha do autor do projeto "Lei Lobão" (em referência ao senador Edson Lobão), em maio, ao alterar seu artigo 137, que visava impedir que minorias fundissem sociedades, formassem e caso de divisão. De certa forma, o direito de recesso foi saudado como uma das grandes conquistas da Lei 6.404/76. Algumas pessoas até disseram que a "Lei Luo Bao" foi formulada. Essa mudança já vem ocorrendo há algum tempo e foi e continuará sendo considerada de baixo perfil na legislação societária brasileira.

Porém, quase 8 anos depois, com a promulgação da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, desta vez conhecida como Lei Kandir (uma homenagem ao deputado Antônio Kandir, idealizador do projeto), também mudou a mecânica das empresas a legislação foi revisada e alguns direitos dos acionistas minoritários foram novamente alterados, tendo em vista o processo de privatizações do governo Fernando Henrique Cardoso, ou seja, a venda do controle de empresas estatais. Nesta nova lei, o direito de retirada no caso de fusões e incorporações é restabelecido. Assim, a famosa Lei Kandir da época recebeu o crédito de corrigir os males produzidos pela famigerada Lei Lobão. As fusões merecem uma análise mais profunda porque às vezes uma empresa-mãe funde uma empresa que ela controla. Para esses casos, a Lei das Sociedades por Ações reforça o direito de recesso, por se tratar de operação que pode acarretar abuso de poder por parte da sociedade controladora (SILVA, 2017).

3.CONCLUSÃO

Em nosso país, temos notado que a atual estrutura do mercado de capitais sofreu grandes mudanças. Embora um sistema legislativo específico para as sociedades anônimas, e justamente para os acionistas, adote diversas noções de natureza institucional, ele ainda se baseia em princípios contratualistas quase paralelos aos do liberalismo político, a saber;

o princípio da deliberação majoritária, certa enumeração destes direitos fundamentais e controle da legalidade dos atos da Assembleia Geral e da Administração.

A lei determina que o acionista controlador deve exercer poderes que permitam à companhia atingir seus objetivos e desempenhar suas funções sociais, tendo obrigações e responsabilidades para com os demais acionistas da companhia, pessoas que atuem na companhia e a sociedade em que atuam. Direitos e interesses que devem ser fielmente respeitados e mantidos.

Outro problema que existe é a complexidade da lei no que diz respeito às ações das minorias, os percentuais que existem na lei em relação à nossa realidade, o que dificulta a existência de mecanismos de ação judicial contra as minorias porque os percentuais são grandes. Pode até haver discussões quando há uma grande minoria, mas para a maioria dos acionistas o acesso à justiça é inconcebível, até porque eles preferem perder o que já têm do que investir dinheiro na tentativa de recuperá-lo.

Felizmente, o atual processo de governança corporativa passou por grandes mudanças, o que nos permite ter um mercado de capitais forte e saudável, desde que todas as partes envolvidas, sejam controladores, autoridades ou mesmo legisladores, respeitem os acionistas minoritários e garantam que eles tenham acesso a informações societárias, especialmente informações contábeis, e outras possíveis vantagens que possam advir das atividades societárias por meio de lucros gerados por atividades societárias ou fusões, cisões, incorporações ou ainda incorporações, para participar em pé de igualdade com os principais acionistas na resultante alienação de controle corporativo.

REFERÊNCIAS

BENCKE, Carlos Alberto. **Acionista minoritário na sociedade anônima**. Direito de fiscalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários – CVM**. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp> acesso em: 03 jane 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> . Acesso em: 03 jane 2023.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm> . Acesso em: 20 dez 2022.

BRASIL. Lei 6.385, de 20 de novembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 nov.

1976. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm> Acesso em: 20 dez 2022.

BRASIL. Decreto 3708, de 10 de janeiro de 1919. Dispõe sobre Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 jan. 1919. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm>. Acesso em 20 dez 2022.

BRASIL. Lei 9457, de 5 maio de 1997. Dispõe sobre Altera dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de maio de 1997. Acesso em 20 dez. 2022.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 3. Ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. **Estrutura de interesses nas sociedades anônimas. hierarquia e conflitos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 11ª ed.-São Paulo: Atlas, 2010

JOÃO, Juliana. **Evolução histórica das sociedades empresárias**. direito societário na atualidade. aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**, volume 2. – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

MOSSA, Lorenzo (trattato Del nuevo diritto commerciale, 1951). Apud VASCONCELOS, Justino. **Da composição da firma de sociedade em nome coletivo**. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 52, v. 158, p. 472, mar./abr.2015.

PARAÍSO, Anna Luiza Prisco. **O Direito de retirada na sociedade anônima**. Revista, atualizada e ampliada – 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa**. Teoria da empresa e direito societário. Atlas, 2017.

VIVANTE, Cesare. **Tratado di Diritto Commerciale**, vol.2, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1902.

OFENSAS RACIAIS NO FUTEBOL BRASILEIRO

JOÃO PAULO GARUTTI QUADRELI:

Graduando em Direito na Universidade
Brasil¹²⁹

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: Em um todo, as ofensas raciais, como por exemplo, o racismo e a injúria racial estão presentes por todo o mundo, desde os primórdios, no qual os Europeus consideravam pessoas de pele branca, mais inteligentes e com capacidade de inteligência maior do que a dos negros e pardos, que muitas vezes eram comparados à animais. Até hoje, na sociedade contemporânea e principalmente no Brasil, podemos vivenciar desigualdades, ofensas, insultos, pelo simples fato de sua pele ser negra. Assim como na sociedade, as ofensas raciais, também estão presentes no esporte mais popular do mundo e do Brasil, o futebol, que mesmo com grandes ídolos, tais como, Pelé e Garrincha, apresentam casos que assolam o esporte mais querido do mundo até os dias atuais. E o que para muitos negros seria uma oportunidade de vida melhor para eles e sua família, e consequentemente sendo uma das grandes formas de ascensão social para o mundo, estes não ficam isentos desses atos maldosos e cruéis. Este trabalho tem como objetivo apresentar uma breve contextualização do negro na sociedade e no esporte, bem como, estudar e evidenciar casos de racismo e ofensa racial no futebol brasileiro, sendo constatado que a falta de punição diminui drasticamente as denúncias pelos atletas, fortalecendo estes atos preconceituosos.

Palavras-chave: Racismo. Injúria racial. Futebol. Brasil

ABSTRACT: As a whole, racial offenses, such as racism and racial slurs, are present all over the world, since the beginning, in which Europeans considered people with white skin, more intelligent and with a capacity for intelligence greater than the average person. of blacks and browns, who were often compared to animals. Even today, in contemporary society and especially in Brazil, we can experience inequalities, offenses, insults, for the simple fact that your skin is black. Just like in society, racial offenses are also present in the most popular sport in the world and in Brazil, soccer, which even with great idols, such as Pelé and Garrincha, present cases that devastate the most beloved sport in the world even to the current days. And what for many black people would be an opportunity for a better life for them and their family, and consequently being one of the great forms of social ascension for the world, they are not exempt from these evil and cruel acts. This work aims

129 E-mail: jpgquadrelli@gmail.com

to present a brief contextualization of black people in society and sport, as well as to study and highlight cases of racism and racial offense in Brazilian football, and it was found that the lack of punishment drastically reduces complaints by athletes, strengthening these acts. prejudiced.

Keywords: Racism. Racial insult. Soccer. Brazil

Sumário: 1. Introdução 2. Racismo 3. Injúria Racial 4. Ofensas Raciais no Futebol Brasileiro 4.1. Benefícios do Futebol na Sociedade 5. A Importância da Atuação da CBF e da FIFA no Combate às Ofensas Raciais 5.1. Importância da Participação dos Jogadores e Torcedores no Combate às Ofensas Raciais 6. Hipóteses de Solução 7. Considerações Finais e Referências.

1 INTRODUÇÃO

Mundialmente conhecido, o Brasil é classificado por todos como o país do futebol, em outras palavras, aquele que detém o melhor futebol, que tem os melhores jogadores e aquele que pratica o chamado “futebol arte”, mesmo que sua origem se tenha dado na Europa, mais especificamente, na Inglaterra por volta do ano de 1863.

Já no Brasil, o futebol chegou por volta do ano de 1894, trazido por Charles Miller, filho de um inglês com uma brasileira, no qual, desde o início, apenas ricos e brancos (elite da sociedade) eram os que praticavam o esporte. Portanto, o preconceito racial, o racismo, a discriminação e a injúria racial são companheiros do futebol brasileiro desde seus primórdios, e no Brasil, já o primeiro e grande acontecimento, foi quando o jogador do Fluminense, Carlos Alberto, em 13 de maio de 1914 ganhou o apelido de “Pó de Arroz” em referência ao pó que usava em seu rosto para parecer mais claro antes das partidas, na tentativa de ser aceito pelo clube e conseqüentemente pelos torcedores. O tempo se passou e por volta do século XIX, com a chegada dos imigrantes em nosso país, e conseqüentemente, a profissionalização do futebol no Brasil em 1933, possibilitou aos jogadores negros e mestiços a possibilidade de ascensão social. Tornando, assim, o futebol, uma grande relevância para a cultura nacional, criando um vínculo/identidade. Segundo Lucena (2002).

O futebol surge no Brasil num contexto específico de nossa sociedade, cada vez mais urbana e com o encontro de culturas diferentes, com o fim do trabalho escravo, o aumento da imigração e uma série de mudanças que favoreceram a ampliação de ações no sentido de um redirecionamento ao estilo europeu de vida. (LUCENA, 2002, p. 35)

Desta forma, é imprescindível falar em futebol e não o relacionar a uma base da sociedade brasileira. Nesta linha de raciocínio, HELAL (1997, p. 25) destaca que, “O futebol

no Brasil pode ser visto como um poderoso instrumento de integração social. Através do futebol, a sociedade brasileira experimenta um sentido singular de totalidade e unidade, revestindo-se de uma universalidade capaz de mobilizar a gerar paixões em milhões de pessoas”.

Fica evidente a proporção e os benefícios que esse esporte tem na sociedade, tanto quando falamos em benefícios à saúde, disciplina, perseverança, mas também, na questão da socialização, na forma de integração social, enquadrando os menos favorecidos e prejudicados. Além disso, é considerado um instrumento de relacionamento social extremamente valioso que permite ao praticante revelar suas intenções, expressar seus sentimentos e obter novas interações e amizades.

Em conjunto à evolução do futebol, temos outro ponto positivo, importante a se destacar, que foi o surgimento de novas tecnologias e mídias digitais, que tem papel fundamental para externar o combate a essas práticas, seja divulgando atos preconceituosos, com o intuito de educar, visando coibir futuros atos. Porém, de uma forma negativa, “auxilia” na propagação do discurso racista praticado pela população.

Mesmo com toda a evolução social e tecnológica, atualmente ainda é possível vivenciar vários casos de racismo e injúria racial no futebol, seja dentro, ou ao redor do estádio, entre torcedores, entre torcedores e jogadores e até mesmo contra árbitros, praticados em jogos do futebol nacional e internacional.

Portanto, é impossível estabelecer que, a obtenção das glórias conquistadas por grandes jogadores do esporte, não é o bastante para erradicar os atos, mas, há a necessidade de mudanças ainda maiores, que consigam erradicar o racismo estrutural da sociedade brasileira que acaba transparecendo no esporte mais amado do Brasil.

Nesse sentido, de que forma o aporte na exposição das ofensas raciais e principalmente a devida punição pode auxiliar na prática estável do futebol, que é uma das principais fontes de socialização e inclusão social?

Desta maneira, a fim de buscar algo mais próximo à solução deste questionamento, o presente trabalho tem como objetivo examinar os atos discriminatórios de maneira ampla, correlacionando-os ao esporte mais praticado no país, o futebol, abordando desde os casos mais antigos até os mais recentes. No mais, através da utilização de livros, interpretações doutrinárias e da legislação vigente, em razão da relevância do tema, será discorrido sobre o conceito do racismo e da injúria racial, e como esses atos surgiram no âmbito do futebol, com a finalidade de auxiliar na educação e conscientização, visando o fim dessas práticas cruéis que assolam à sociedade até hoje.

2 RACISMO

A origem do racismo no Brasil remonta ao período colonial, quando os portugueses iniciaram a exploração das riquezas do país e trouxeram milhares de africanos escravizados para trabalhar nas plantações. Os escravos africanos eram tratados como propriedade e colocados a condições desumanas de trabalho e vida, sendo considerados inferiores aos brancos e ricos da época.

O racismo no Brasil também foi alimentado pela falta de acesso à educação, saúde e moradia digna, além de outros critérios, tais como, a violência policial e a representação estereotipada e negativa dos negros nos meios de comunicação e de trabalho.

Em suma, o racismo no Brasil, é uma herança do passado colonial e escravista do país, devido a uma série de fatores históricos, culturais e sociais que reforçam a exclusão do indivíduo perante à sociedade.

Essa opressão e desumanização dos negros africanos e seus descendentes criou uma estrutura de desigualdade e discriminação que se mantém até os dias atuais, e no mundo do futebol, não seria diferente.

O racismo é uma forma de discriminação baseada em características físicas, culturais ou étnicas, podendo ocorrer quando uma pessoa ou um grupo é tratado de maneira diferente ou inferior justamente por causa de sua raça ou cor. O racismo pode se manifestar de várias formas, tais como, preconceitos, esteriótipos, violência, exclusão social, entre outros.

Em razão disso, viu-se a necessidade de criação da Lei 7.716 de 5 de Janeiro de 1989, responsável por criminalizar o racismo no Brasil, com o intuito de combater a distinção racial e promover a igualdade de direitos entre as pessoas de diferentes cores. Diante disso, os artigos 1º e 2º da Lei 7.716/1989, determina que:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

A referida lei é considerada uma ferramenta muito importante para o combate ao racismo, mas ainda há muito a ser feito para garantir a efetiva igualdade de direitos entre todas as pessoas.

3 INJÚRIA RACIAL

A injúria racial consiste em ofender a motivação de alguém com base em sua raça, cor, etnia, religião ou origem, sendo considerada um ato discriminatório e ilegal. É caracterizada por atos, palavras, gestos, escritos, entre outras formas de expressão que tem como objetivo humilhar ou menosprezar uma pessoa por sua cor, independentemente que haja violência física ou não, bastando somente a presença da violência verbal ou oral.

Este crime está tipificado no Código Penal brasileiro e é considerado uma forma de racismo, sendo punível com pena de reclusão, que pode variar de um a três anos, além de multa, assim como previsto no artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023) Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A injúria racial é um ato grave que pode vir a causar enormes prejuízos emocionais e psicológicos para a vítima, além, de perpetuar a consciência racial na sociedade.

4 OFENSAS RACIAIS NO ÂMBITO DO FUTEBOL

Quando chegou ao Brasil, por volta do século XIX, o futebol era utilizado como forma de entretenimento, algo amador e como na época o custeio era muito caro, o privilégio era para poucos, apenas os mais ricos, brancos e de classe alta estavam envolvidos. Por volta do ano 1900, com o aumento da popularidade e consequentemente a profissionalização, alguns jogadores negros começaram a ser introduzidos no esporte.

Um exemplo clássico da barreira racial dos clubes da elite nacional com a entrada dos jogadores negros é a história do pó de arroz, do clube das laranjeiras, o Fluminense, no qual o jogador Carlos Alberto passava pó de arroz em sua cara para ficar branca e ser aceito no esporte. Neste período, um dos times que mais se destacaram por introduzir os negros, foi a Associação Atlética Ponte Preta, time este da cidade de Campinas, Estado de São Paulo. Entre os fundadores do time Ponte Preta, existiam negros e mulatos, como Benedito Aranha, já Miguel, "Migué" do Carmo foi jogador titular da equipe logo no ano de sua inauguração, em 1900 (FILHO, 2003). Porém, apesar das grandes conquistas da Ponte Preta no enfrentamento ao preconceito, o Vasco da Gama, time de futebol do Rio de Janeiro, foi o clube que entrou para a história ao contribuir de forma decisiva para a

inclusão de atletas negros, mulatos e demais brasileiros que não pertenciam à elite. Após conquistar o campeonato carioca de 1923, ano de estreia na primeira divisão, o clube provocou o ego da elite do futebol da época, formada por Fluminense, Botafogo, América-RJ e Flamengo, que abandonaram a Liga local, criando uma nova liga.

Assim, o tempo foi se passando e juntamente com essa atualização, o profissionalismo provocou um reflexo ainda mais profundo na sociedade, ainda mais do que a aproximação de classes, ocasião em que foi o responsável por integrar, em definitivo, aqueles que eram excluídos pela cor de sua pele.

Foi assim que o Brasil despontou vários craques para o futebol mundial, dentre eles, alguns negros, como Pelé, Garrincha, Djalma, Didi, Jairzinho, Romário, Ronaldo, Ronaldinho Gaúcho, atualmente Neymar e Vinícius Júnior e tantos outros craques, sendo muitos destes, grandes responsáveis e protagonistas por conquistas em Copas do Mundo, no qual hoje, contamos com cinco. Muito em razão disso, atualmente somos conhecidos como, "país do futebol", mas mesmo com todos esses ídolos e todas essas conquistas dos negros para nossa nação, estes não estão isentos de sofrer estes ataques racistas que mesmo após mais de 100 anos, o futebol nacional e mundial ainda vem apresentando muitos casos, na maioria das vezes por partes de torcedores.

Frequentemente ainda vivenciamos casos de ofensas raciais nos estádios, e alguns ganharam uma proporção maior e que ficaram emblemáticos, como o caso do goleiro "Aranha", que em 2014, atuando pelo time do Santos Futebol Clube, em uma partida contra o Grêmio, no Rio Grande do Sul, pela Copa do Brasil, ouviu insultos da torcida adversária. O jogo, televisionado, alastrou as imagens claras da torcida pronunciando "macaco" e "preto fedido". E foi justamente por causas das imagens e pela rapidez das informações que se espalharam nas redes sociais, foi possível identificar a torcedora, que conseqüentemente veio a ser punida.

Outro caso, foi o do jogador Arouca, ex-jogador do Santos Futebol Clube, que também em 2014, durante uma partida do Campeonato Paulista, o jogador foi chamado de "macaco" pela torcida durante o jogo entre Santos e Mogi Mirim, na qual o time santista saiu vencedor. O caso de racismo foi registrado pela rádio da ESPN. "Isso é bom nem ouvir, né, nem dar ouvidos a essas pessoas, se é que dá para chamar isso de pessoas. Situação hoje em dia é difícil comentar, isso não acontece só no meio do futebol. Espero que alguém possa tomar uma providência muito severa, porque isso é lamentável", disse Arouca à rádio ESPN, logo após ser ofendido. (Arouca é chamado de "macaco" após vitória dos Santos, Jornal O Estado de São Paulo, 07 de março de 2014).

Atualmente, o craque do Real Madrid e da seleção brasileira, o Vinícius Júnior também foi vítima desses atos racistas, após uma fala durante um programa esportivo na

televisão da Espanha. Em uma participação no programa de televisão local, “El Chiringuito de Jugones”, atração de debate futebolístico da emissora espanhola Mega, o empresário Pedro Bravo disse que o camisa 20 do Real Madrid precisa “deixar de fazer macaquice” [“hacer el mono”, em espanhol], em referência às danças que Vinícius Júnior costuma fazer após um gol.

Como podemos ver, muitos atos racistas ainda ocorrem de forma frequente, mesmo que a grande maioria da mídia relate as ofensas raciais ao público, que são expostas pelos seus meios de comunicação (mídia social, principalmente). Porém, uma falta de punição mais severa, inibi as denúncias dos jogadores e árbitros, fortalecendo e favorecendo que estas condutas preconceituosas continuem sendo proferidas. É necessário que haja uma quebra de paradigma, para que haja uma mudança coerente e constante dos conceitos e consequências da prática da injúria racial e do racismo.

Desse modo, não basta apenas combater o racismo no meio acadêmico ou socioeducacional, mas, é necessário também, agir no ambiente prático e técnico do esporte, para quem sabe, conseguir amenizar ou até mesmo cessar os atos discriminatórios.

4.1 BENEFÍCIOS DO FUTEBOL NA SOCIEDADE

Esse esporte tem uma grande parcela de importância na sociedade, principalmente na parte da integração, uma vez que é um esporte jogado e assistido por milhares de pessoas no mundo todo.

O futebol pode ser um ponto de conexão entre pessoas de diferentes culturas e nacionalidades, promovendo a diversidade e a inclusão. Em muitos lugares, o futebol é um elemento unificador da comunidade, trazendo pessoas juntas em torno de um objetivo comum.

Ainda, o futebol pode ser uma ferramenta muito poderosa para a inclusão social, principalmente para jovens de comunidades carentes, tendo em vista que a prática do esporte pode proporcionar oportunidades de desenvolvimento, social e emocional entre a população em um todo.

Além disso, é uma atividade física muito completa e pode ter uma grande importância na saúde das pessoas. A prática regular do esporte pode trazer diversos benefícios, tanto para a saúde física quanto mental.

Em resumo, o esporte mais praticado pode ser um instrumento de integração social, inclusão, educação, e confiante para o desenvolvimento da saúde física e mental e emocional de jovens de diferentes origens, podendo ser capaz de ajudar a criar uma sociedade mais justa, respeitosa e igualitária.

5 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA CBF E DA FIFA NO COMBATE ÀS OFENSAS RACIAIS

É adverso pensar que o Brasil sendo um país com “amplo leque” de diversidades, culturas, raças e origens ainda prevaleça atitudes deploráveis, fazendo com que o racismo, a injúria racial e o preconceito façam parte de nossa sociedade e em partes, ainda exista resistência quanto a esse tema. O esporte como um grande espetáculo mundial e fenômeno social, sendo capaz de proporcionar a segregação social e racial, dividindo e distinguindo as camadas sociais e raciais, e mesmo com grande cobertura por parte da mídia exteriorizando e discorrendo sobre este assunto, ainda haja a ocorrência de frequentes casos envolvendo negros no futebol. Logo, justifica-se a escolha deste tema justamente para abordar determinados fatos de racismo e injúria racial, que vem ocorrendo de forma ainda mais frequente nos últimos anos no futebol brasileiro, em estádios de futebol e até mesmo pelas redondezas e como a atuação das organizações no meio do futebol tem papel tão relevante para auxiliar no combate a estes atos deploráveis.

Justamente em razão deste tema, é de suma importância que duas das maiores entidades do futebol, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e a Federação Internacional de Futebol (FIFA) andem em conjunto com o fim de cessar essas práticas.

A estas duas grandes organizações basta que organizem medidas efetivas e importantes para o combate da injúria racial e racismo nos campos de futebol e ao redor dele, adotando uma política de tolerância zero, aprimorando ainda mais os sistemas de monitoramento eletrônico com câmeras de segurança, a fim de que se identifique os autores dessas cruéis práticas, além de, organizar ainda mais campanhas de conscientização para jogadores e torcedores

Ainda, talvez a medida mais importante a ser tomada é a medida da punição, através de punições mais severas, como, multas mais graves, aplicação de suspensão dos estádios, uma condenação e até mesmo uma pena de prisão, como meio de prevenir futuras ocorrências, sendo forma de incentivo para que as vítimas denunciem os autores desses atos, a fim de que sejam responsabilizados com consequências graves.

5.1 IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DOS JOGADORES E TORCEDORES NO COMBATE ÀS OFENSAS RACIAIS

É evidente que o caminho para que quem sabe um dia possam cessar as ofensas raciais passa muito pela participação das duas das maiores organizações envolvidas no mundo do futebol, a CBF e a FIFA, todavia, vale ressaltar que o combate ao racismo no futebol não é responsabilidade apenas dessas entidades reguladoras, mas também passa pelos principais “atores do espetáculo”, como, jogadores, treinadores, árbitros e dirigentes,

aderindo essas campanhas e transmitindo-as já que possuem papel muito importante na luta contra o racismo, tendo em vista que são figuras públicas e influentes, com grande poder de alcance entre a população, podendo inspirar outras pessoas a fazerem o mesmo, ajudando a criar uma cultura de respeito, compaixão e igualdade entre os integrantes do futebol e na sociedade.

Outro sujeito importante responsável pelo combate ao racismo, são os próprios torcedores, que também possuem poder de influenciar o comportamento dos demais espectadores, já que, ao se recusar em aceitar comportamentos racistas, os torcedores podem ajudar a criar um ambiente em que a detecção racial não seja tolerada.

Logo, a união de todos tem papel importantíssimo a respeito dos comportamentos racistas, sendo de suma importância para que haja a conscientização e fortaleça o combate à inscrição racial.

6 HIPÓTESES DE SOLUÇÃO

Assim como dito, a participações das entidades, dos jogadores e torcedores em aderir às campanhas é de suma importância, poré, ainda, relacionado às formas de solucionar este problema, quando tratamos de temas de alto nível relevante à sociedade, nunca podemos deixar de lado as punições aos envolvidos/autores do crime. Como forma mais “óbvia” de sanar esta barreira, temos a aplicação de multa aos autores, porém, punições desse tipo não vem funcionando conforme esperado, podendo assim, propor então, espécies de multas mais severas. Há que se falar também, em possíveis punições ao clube, referente a perdas de pontuação no campeonato em que está disputando, ou até mesmo, como já é feito, perda do mando de campo, ou pode-se pensar em jogos com portões fechados, ou até mesmo, em atitudes mais severas, como a exclusão do clube do campeonato em que está disputando e que venha a ocorrer a atitude racista. Quem sabe assim, cada clube comece a trabalhar com seu torcedor, o “educando” para que isso não venha a se repetir. Outra questão é a criação de estratégias de enfrentamento ao racismo, como campanhas desenvolvidas pelos próprios clubes ou em parceria com entidades ligadas ao movimento negro.

A exposição dos casos por parte da mídia é papel fundamental, pois a matéria vai muito além da notícia fato, ao descrever o crime cometido, e amplia seu campo de pesquisa no acompanhamento dos casos até a conclusão, nos entregando o desfecho completo do caso.

Em consonância com tudo isso, a principal fonte de solução deste problema, é a educação, ensinando desde os mais pequenos (crianças) à importância do respeito e da inclusão social, através de práticas recreativas e campanhas em escolas, estas que são

fundamentais para a evolução da criança, que em um futuro, terão reflexo de suas atitudes na sociedade.

Só assim, quando torcedores, jogadores e organizações esportivas adotarem essa postura de punição e além de tudo, de respeito uns para com os outros, poderemos chegar, um dia, a um respeito mútuo, a fim de que o combate ao preconceito e a discriminação contribuam para um mundo mais respeitoso e inclusivo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, é considerado um Estado Democrático de Direito, em que as leis são criadas pelo povo e para o povo, ocasião em que sempre deverá ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, ainda, considerado o país com a maior miscigenação cultural e ética do mundo, todavia, não podemos omitir que ainda existem muitos casos de racismo ou injúria racial em nossa sociedade, sendo um tema embora muito abordado ultimamente, com muitas considerações a serem feitas, a fim de que seja disceminado da sociedade tais fatos asquerosos que ainda nos rodeiam no dia a dia, principalmente no mundo futebolístico.

A presente pesquisa qualitativa objetivou analisar e entender um pouco mais sobre a importância do futebol no imaginário popular, destacando a origem do futebol no Brasil, ressaltando a presença de jogadores negros e evidenciando que mesmo após o fim da escravidão, ainda continuam sendo discriminados. Buscou também envolver os benefícios da prática do esporte como um meio de inclusão e socialização dos indivíduos da sociedade e no auxílio à saúde física e mental.

Ainda, teve como intuito subdividir-se em embasar o início do futebol no mundo, correlacionando com a introdução no Brasil.

Outro ponto abordado, foi o da importância do profissionalismo do futebol, proporcionando a inclusão de pessoas negras no esporte e a potencial formalização de campanhas realizadas por entidades, associações e federações que estão envolvidas no mundo do futebol.

Por fim, buscou discorrer sobre atos discriminatórios envolvendo o futebol, evidenciando as práticas de racismo e injúria racial que neste século XXI vem se tornando cada vez mais frequentes. Havendo também, o intuito de englobar jogadores negros que marcaram o esporte com grandes participações e suas conquistas, fortalecendo ainda mais a rica história do nosso querido país.

REFERÊNCIAS

Arouca é chamado de “macaco” após vitória dos Santos, Jornal O Estado de São Paulo, 07 de março de 2014 disponível: <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,arouca-e-chamado-de-macaco-aposgoleada-do-santos-em-mogi-mirim,1138189> Acesso em 02 de maio de 2023

FILHO, Mario. O negro no futebol brasileiro. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

HELAL, R. Passes e Impasses. Petrópolis: Vozes, 1997.
<https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/vinicius-jr-e-alvo-de-fala-racista-em-programa-de-tv-esportivo-na-espanha/>

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10622481/paragrafo-3-artigo-140-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>

LUCENA, Ricardo. “Elias: individualização e mimesis no esporte”. In: PRONI, M., LUCENA, R., Esporte: história e sociedade. Campinas, SP, Autores Associados, 2002.

BENEFÍCIOS DAS TELEAUDIÊNCIAS DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19.

BEATRIZ PORTO MERLOTI:

graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis¹³⁰.

ELOISA DA SILVA COSTA.

(orientadora)

Resumo: Este projeto tem como objetivo mostrar os benefícios oferecidos pela flexibilização da realização das tele audiências durante a pandemia do COVID-19, que foi concedida pelo Presidente do conselho nacional de justiça através da RESOLUÇÃO nº 314, DE 20 DE ABRIL DE 2020 em decorrência da decretação do estado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde. A sua finalidade foi dinamizar o sistema judiciário para não ocorrer um acúmulo exorbitante de processos sem resolução de mérito obtendo maior celeridade processual.

Palavras-chave: Pandemia. Tele audiências. Celeridade processual.

Abstract: This project aims to show the benefits offered by the flexibility of holding tele audiences during the COVID-19 pandemic, which was granted by the President of the National Council of Justice through resolution nº314, april 20, 2020. pandemic status by the World Health Organization. Its purpose was to streamline the judicial system to avoid an exorbitant accumulation of cases without resolution on the merits, obtaining greater procedural speed.

Keywords: Pandemic. Tele audiences. Procedural speed.

Sumário: 1. Introdução. 2. Audiências. 3. Benefícios das audiências judiciais virtuais. 4. Regulamentação das audiências remotas no brasil. 5. Audiências durante a pandemia. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Muito pouco se sabia sobre o coronavírus e a repercussão que ele teria em tão pouco tempo num contexto global. Não era imaginável a forma como afetaria diversos setores, tais como: saúde, educação, infraestrutura, economia e conseqüentemente o sistema judicial. Durante a pandemia, o Brasil foi um dos países que foi drasticamente

130 E-mail: biamerloti@gmail.com

afetado, levando a várias mortes e sendo assim, necessária a aplicação medidas de saúde e proteção sanitária, como por exemplo o confinamento da população alvo e o fechamento de estabelecimentos, feito com intenção de manter o bem-estar dos brasileiros.

O Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista sua função social, não se precaveu em adotar soluções emergenciais, tendo em vista a situação iminente. Uma das medidas aplicadas diante da circunstância de calamidade foi o fechamento dos órgãos públicos, como por exemplo os fóruns judiciais. Com fechamento, houve uma consequência muito drástica, como a paralização de processos, já que a maioria dos atos eram praticados de maneira presencial.

Foi então que surgiu a necessidade da realização de atos processuais de forma virtual, atendendo os critérios da covid-19, respeitando o distanciamento social e protegendo a sociedade de um mal maior, além de dar andamento em procedimentos que não poderiam ficar parados. A solução do problema foi brevemente solucionada, mas como era algo muito novo, haviam muitas incertezas, principalmente jurídicas, entre como se daria prosseguimento aos atos processuais, as comunicações, os sigilos, às oitivas de testemunhas, ao interrogatório de réus presos, testemunhas e vítimas fora da comarca, entre outros.

Sabendo de todos os empecilhos que haveria no caminho, a única maneira de resolvê-los foi encontrar uma solução para os problemas, através de aplicativos que facilitariam a utilização e o acesso de todos, garantindo conversas reservadas e gravação de audiências. Sendo assim, a tecnologia se tornou presente em um sistema que era considerado físico, tornando-o totalmente digital abrangendo o conhecimento eletrônico em determinados aspectos.

2. Audiências

As audiências judiciais no Brasil tiveram início com a chegada da família real portuguesa em 1808, quando foi criado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Na época, o sistema judiciário era baseado nas leis portuguesas e contava com poucos juízes e advogados. Com o passar dos anos, o sistema jurídico brasileiro foi evoluindo e se aprimorando, com a criação de novos tribunais e a promulgação de novas leis e códigos. Hoje em dia, as audiências judiciais fazem parte do processo legal e são uma etapa importante para a resolução de conflitos e aplicação da justiça no país.

As audiências judiciais são um componente essencial do processo judicial em todo o país. Elas servem para diversos propósitos, incluindo:

Permitir que as partes apresentem evidências e argumentos; as audiências judiciais são uma oportunidade para as partes apresentarem suas versões ao juiz ou tribunal. Isso

pode ajudar a esclarecer os fatos, e pode ser crucial para a tomada de decisão. Isto posto, as audiências dão às partes a oportunidade de se expressar, ou seja, permite que exponham suas preocupações. Podendo ajudar a garantir que todas as perspectivas sejam consideradas e que nenhuma parte seja deixada de fora do processo.

A respeito da tomada de decisões, as audiências judiciais podem ser usadas para que o juiz ou tribunal tome decisões sobre vários assuntos, como o deferimento ou indeferimento de uma petição, a concessão de uma liminar ou a sentença final do processo, ajudando de forma direta as partes, seja em qual área do direito for.

No mais, elas também podem ser usadas para estabelecer cronogramas e procedimentos para o processo, como datas para depoimentos ou prazos para apresentação de documentos.

Em resumo, as audiências judiciais servem para garantir que todas as partes envolvidas tenham a oportunidade de apresentar seus fatos, para que as decisões sejam tomadas de forma justa e imparcial, garantindo que o processo siga um procedimento justo e ordenado.

3. Benefícios das audiências judiciais virtuais

As audiências virtuais, também conhecidas como audiências digitais, audiências por videoconferência ou tele audiências, apresentam diversos benefícios em relação às audiências presenciais, especialmente durante a pandemia de COVID-19.

As audiências virtuais incluem várias vantagens, entre elas é o acesso remoto, pois as tele audiências permitem que as partes, testemunhas, juízes e advogados participem da audiência a partir de qualquer lugar do mundo, desde que tenham uma conexão com a Internet e um dispositivo com câmera e microfone. Isso pode ser especialmente benéfico em casos em que as partes envolvidas estão em locais distantes umas das outras, problema que estaria presente considerando a presença física das audiências presenciais.

Ademais, elas ajudam com a economia de tempo e dinheiro, já que as partes envolvidas em uma audiência remota não precisam se deslocar fisicamente até o local da audiência, economizam de tempo e dinheiro com transporte, hospedagem e alimentação. Isso inclui tanto a economia pessoal, das partes que irão participar, como no caso de audiências criminais, na qual os réus presos, somente se deslocam dentro do próprio presídio para baias com acesso à internet, possibilitando menos gastos ao Estado.

4. Regulamentação Das Audiências Remotas No Brasil

As audiências tele presenciais, têm se tornado cada vez mais comuns no Brasil e em todo o mundo, inclusive é o método mais adotado nos dias atuais. Esse tipo de audiência consiste em realizar uma reunião, audiência ou julgamento por meio de plataformas de videoconferência, sem que as pessoas precisem estar fisicamente presentes no mesmo local.

No Brasil, as audiências remotas foram regulamentadas pela Resolução nº 344/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que autorizou a realização de audiências virtuais em todo o país como medida de prevenção à disseminação do coronavírus. Com essa medida, muitos tribunais brasileiros passaram a realizar suas audiências de forma remota, inclusive em processos criminais, já que demandam de maior celeridade processual, pois intervêm diretamente na liberdade da pessoa humana, um dos direitos fundamentais mais importantes a ser preservado.

As audiências remotas trazem diversas vantagens, como a possibilidade de reduzir custos e o tempo de deslocamento das partes e testemunhas, além de permitir a realização de audiências em locais distantes. Muito se procura no dia a dia mais tempo disponível para atividades, com a introdução das audiências de forma virtual, há muito que se falar em economia temporal, esta crucial para a vida de tantos brasileiros por isso é cada vez mais comum digitalizarmos aquilo que nos tira tempo, para tornar mais rápido e eficaz, incluindo as audiências, principalmente após o período de crise que vivemos durante a pandemia.

No entanto, as audiências remotas também apresentam alguns desafios, como a necessidade de uma boa conexão de internet e certa dificuldade de se estabelecer uma comunicação eficiente entre as partes, pois é preciso conhecimento para manusear os aplicativos disponível para a realização dela.

De qualquer forma, as audiências remotas têm se mostrado a alternativa mais viável e importante para garantir o acesso à justiça, que demonstrou tão necessária em meio à pandemia e continuam sendo a opção mais favorável para alguns tipos de processos mesmo após o fim da crise sanitária.

5. Audiências durante a pandemia

Em uma fase da sociedade na qual todos precisavam se cuidar, não sair de casa para evitar mortes, a virtualização das audiências se tornou algo muito vantajoso, mostrando que mesmo após de cessado o confinamento e cessado a situação de calamidade pública, as audiências continuaram no modelo virtual, sem previsão de voltar ao normal, com exceção do tribunal do júri.

A volta ao normal foi impedida pois a facilidade na oitiva de testemunhas e das partes, mostrou quão proficiente foram as audiências da forma em que estavam sendo realizadas, tendo em vista que antes era necessário comparecimento pessoal ao fórum, e agora com a virtualização das audiências o comparecimento pode ser feito até mesmo de outro país, considerando que é realizado por meio de aplicativo, necessitando apenas da instalação do app e conexão Internet.

Assim sendo, é evidente que trouxeram maior celeridade processual, considerando que os processos passaram a ser virtuais e a oitiva dos réus principalmentos aqueles que se encontram presos, passou a ser mais rápida, uma vez que foram instaladas baias com acesso a internet dentro do próprio presídio, possibilitando a participação na audiência sem deslocar o detento, poupando tempo, combustível e disponibilidade de agentes públicos para escolta de detentos.

Isto posto, é inquestionável que as audiências telepresenciais, são necessárias até os dias atuais. Pois é inevitável hoje o acesso à rede, o que se torna cada vez mais comum no cotidiano da população. Entregando maior celeridade processual, proteção ao contraditório e ampla defesa, sigilo total das informações e dados processuais, entre outros.

6. Considerações finais

Muito embora a pandemia da covid-19 tenha causado inúmeros problemas ao nosso cotidiano, ela trouxe também novas formas de realização de serviços que passaram a ser prestados de forma virtual, explorando ainda mais a tecnologia já existente e presente em nosso cotidiano.

Os critérios adotados pelo Poder Judiciário, mostraram que houve uma busca incessante, por parte dos juristas, para que não houvesse a interrupção do sistema judiciário e permitindo que não atingisse de forma direta a população, que foi a que mais sofreu durante o período da paralização economico. Durante a temporada mais crítica da pandemia, várias áreas de atendimento à população foram fechadas, e a coletividade ficou ainda mais exposta a incertezas e perda de direitos, relacionada tanto a fatores sociais como economicos,que impossibilitaram a execução de atos cruciais para subsistência.

Para aqueles que, tiveram seus direitos interrompidos, o amparo foi garantido através de novas opções virtuais, para assegurar o acesso e prosseguimento judiciário. Que consistiu na adoção da internet para realização das teleaudiências, mostrando que o sistema não poderia parar, muito menos o Estado se privar de realizar os inúmeros processos que precisavam se resolver diariamente.

Ficou evidente que o sistema judiciário brasileiro não desemprou em nenhum momento aqueles que precisavam dele, e que a realização das teleaudiências se mostrou muito eficiente, diante de todos os problemas que a pandemia vinha causando ao país, tendo em vista a manutenção do distanciamento social para impedir o avanço da doença.

Tendo em vista as críticas apresentadas pelos Advogados e procuradores, muito embora de forma ignorante, não podem ser consideradas de maneira total, tendo em vista as dificuldades trazidas pelo momento atípico pelo qual o judiciário estava passando. Para fatos novos, medidas novas devem ser tomadas. E foi assim que o judiciário funcionou, revolucionando o sistema, permitindo que audiências virtuais viessem a ocorrer. De pouco a pouco, tudo foi melhorando, pois começaram a atender as demandas que foram chegando de forma célere, demonstrando a eficiência das videoconferências como a melhor decisão tomada diante do enfrentamento da crise.

Durante esse período crucial, magistrados e servidores abriram seus lares, que se tornaram uma extensão do poder judiciário, para poder dar seguimento aos atos necessários para resolução de conflitos. A adoção dessas medidas se mostraram tão eficientes, que até os dias atuais ela se encontra em vigência, já que as audiências virtuais continuaram e a volta para audiências presenciais se deu somente para o Tribunal do Júri, já que é indispensável a presença do conselho de sentença para os atos praticados durante a instrução.

Embora as normas de flexibilização da pandemia já tenham acabado, como por exemplo as medidas de segurança adotadas durante o ápice da doença, os parâmetros adotados durante esse período irão continuar, efetivando mais ainda a funcionalidade das teleaudiências, permitindo o acesso de onde quer que as pessoas estejam a qualquer momento, bastando ter em mãos um celular e internet.

Sendo assim, fica subintendido que as audiências não voltarão ao normal, considerando sua eficiência e celeridade, que diante de uma situação drástica se mostrou necessária para o país, trazendo uma evolução tecnológica, diante de um fato atípico, que será mantida por muitos anos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar; WEBER, Vinícius. **Princípio da razoável duração do processo: a celeridade processual na pós-modernidade**. Uberlândia: LAECC 2019. Edição do Kindle. Acesso em: 11 maio, 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números digital**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 10 de out. 2022.

BRASIL. TJDF. **Vantagens da Teleaudiência Judiciária** - Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/vantagens-da-teleaudiencia-judiciaria-desembargador-roberval-casemiro-belinati>. Acesso em: 15 de out. 2022.

BRASIL. Ministério Público de Santa Catarina. **Adotadas como medida de emergência, audiências virtuais tornam-se ferramenta essencial nos processos.** Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/adotadas-como-medida-de-emergencia-audiencias-virtuais-tornam-se-ferramenta-essencial-nos-processos>. Acesso em: 11 maio, 2023.

BRASIL. TJRO. **Audiências virtuais fazem sucesso entre partes e advogado.** Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/12681-audiencias-virtuais-fazem-sucesso-entre-partes-e-advogados>. Acesso em 11 maio, 2023.

CENCI, Jessé. Audiências por videoconferência na Justiça do Trabalho: desafios e perspectivas. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/audiencias-por-videoconferencia-na-justica-do-trabalho-desafios-e-perspectivas/1109437959>. Acessado em: 11 maio, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria nº 61, de 31 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original221645202004015e8512cda293a.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 227, de 15 de junho de 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado163915202007275f1f033339780.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

PLATAFORMA EMERGENCIAL DE VIDEOCONFERÊNCIA PARA ATOS PROCESSUAIS. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencianacional/acesso>. Acesso em: 20 out. 2022.

TRIBUNAL de Justiça do Paraná. **Videoconferência é utilizada pela primeira vez em audiência de instrução criminal no 2º grau de jurisdição.** Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/videoconferencia-e-utilizada-pela-primeira-vez-em-audiencia-de-instrucao-criminal-do-2-grau-de-jurisducao/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 11 MAIO, 2023.