Direito Contemporâneo em Debate: temas multidisciplinares nacionais e internacionais

URI

ERECHIM

ORGANIZADORES

José Plínio Rigotti
Giana Lisa Zanardo Sartori
Andréa Mignoni
Andrey Henrique Andreolla
Caroline Isabela Capelesso Ceni
Luciano Alves dos Santos
Valter Augusto Kaminski
Vera Maria Calegari Detoni

Direito Contemporâneo em Debate: Temas Multidisciplinares Nacionais e Internacionais

Erechim
2021

Todos os direitos reservados à EDIFAPES.
Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma e por qualquer meio mecânico ou eletrônico, inclusive através de fotocópias e de gravações, sem a expressa permissão dos autores. Os dados e a completude das referências são de inteira e única responsabilidade dos autores.

Conselho Editorial:
Adilson Luíz Stankiewicz (URI / Erechim/RS) - Presidente
Arnaldo Nogaro (URI / Erechim/RS)
Cláudia Petry (UPF / Passo Fundo/RS)
Elcemina Lucia Balvedi Pagliosa (URI / Erechim/RS)
Elisabete Maria Zanin (URI /Erechim/RS)
Maria Elaine Trevisan (UFSM / Santa Maria/RS)
Jadir Camargo Lemos (UFSM / Santa Maria/RS)
Michèle Satto (IFMT / Cuiabá/MT)
Neila Tonin Agranionih (UFPR / Curitiba/PR)
Sérgio Bigolin (URI / Erechim/RS)
Yuri Tavares Rocha (USP / São Paulo/SP)

Capa: (Assessoria de Marketing, Comunicação e Eventos / URI Erechim)
Revisão: Os autores

D598 Direito contemporâneo em debate [recurso eletrônico] : temas multidisciplinares nacionais e internacionais / organização José Plínio Rigotti ... [et al]. – Erechim,
RS: EdiFAPES, 2021.
1 recurso online

ISBN 978-65-88528-18-1

Acesso: http://www.uricer.edu.br/edifapes
Editora EdiFAPES (acesso em: 20 dez. 2021)

1.Função social – empresa 2. Direito de empresa 3. Agronegócio 4. Lei Maria da Penha 5. Educação digital I. Rigotti, José Plínio

C.D.U.: 34

Catalogação na fonte: bibliotecária Sandra Milbrath Vieira CRB 10/1278

EDIFAPES
Livraria e Editora
Av. 7 de Setembro, 1621
99.709-910 – Erechim-RS
Fone: (54) 3520-9000
www.uricer.edu.br

SUMÁRIO

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM FACE DAS RECENTES MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONCURSAL 9
Alana Mathilde Tomielos 9
Alessandra Biasus 9
Cáila Gismara Lazarotto 9
Gabriela Capistrano Favero 9

LEI Nº 14.112, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2020 E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA 20
Charline Bianca Paggi 20
Hemanuelli Variani Calderoli 20
Alessandra Biasus 20

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA FRENTE ÀS MUDANÇAS DA LEI Nº 11.101/2005 PELA LEI Nº 14.112/2020 33
Eduarda Rech de Souza 33
Alessandra Biasus 33

O DIREITO PENAL FALIMENTAR COMO PROTEÇÃO À ECONOMIA PÚBLICA: ASPECTOS JURÍDICO-TEÓRICOS 45
Alessandra Biasus 45
Eduardo Luiz Rocha 45
Luís Antônio Tomazelli 45

A (IN) APLICABILIDADE DOS CONTRATOS INTELIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 57
Alessandra Biasus 57
Eliane Horszczaruk 57

A RELEVÂNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA RURAL E DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL ... 74
Franciéli Aparecida da Silva Ferreira 74
Mariane Cristina Zavolski 74
Simone Gasperin de Albuquerque 74

A (IN)EXISTÊNCIA DE DISCREPÂNCIA ENTRE O ARTIGO 57 DA LEI 11.101/05 E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA 91
Alessandra Biasus 91
Charlyze Rossetto 91
Daniel Cardoso 91
Gabriela Capistrano Favero 91

OBSCURIDADE DA LEI PENAL: UM COMPARATIVO DA OBRA DE BECCARIA... 106
Eduarda Bragagnolo de Christo 106
Gabriele de Quadros 106
Ianko Bombana Bernstein 106
Andrey Henrique Andreolla 106

JUIZ DAS GARANTIAS: UM OLHAR ACERCA DE SUA ACEITAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL APÓS A LEI ANTICRIME E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO 118
Andrey Henrique Andreolla 118
Débora Sabrina Golisczeski Kanigoski 118
Isadora Diehl de Paris 118

CRIME DE *STALKING* E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: LIMITES E CONTORNOS PARA A INCIDÊNCIA DO DELITO 135
Bernardo Cecatto Bueno 135
Karine Biezus 135
Andrey Henrique Andreolla 135

MINISTÉRIO PÚBLICO: A IMPORTÂNCIA NA DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE 148
Luis Alberto Esposito 148
Kethllen Girardi Dorneles 148

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O APRISIONAMENTO DE MULHERES NO BRASIL 159
Letícia Bonella 159

A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A NECESSIDADE DE NOVAS METODOLOGIAS EM TEMPOS DE EDUCAÇÃO DIGITAL 175
Gabriele Calegari Detoni 175
Nicole de Albuquerque 175
Simone Gasperin de Albuquerque 175
Vera Maria Calegari Detoni 175

POLARIZAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL E O DISCURSO DE ÓDIO COMO FATORES PREDOMINANTES NA DESMORALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA 189
Tariane Menegaz 189
Gabriela Somenzi 189
Viviane Bortolini Giacomazzi 189

ATIVISMO JUDICIAL E A INTERFERÊNCIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL 202
Tatiane Lange 202
Raquel Ribeiro 202
Gilmar Bianchi 202

POSSIBILIDADE DE VACINAÇÃO COMPULSÓRIA: COVID-19 E O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E À LIBERDADE 215
Paula Ongaratto Trentin 215
Gilmar Bianchi 215

COOPERAÇÃO SOCIAL E QUALIDADE DA INFORMAÇÃO: ABORDAGEM SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DE JOHN RAWLS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA COVID-19 228
Érica Vanessa Santori 228
Simone Paula Vesoloski 228
William Picolo Fibrans 228
RESPONSABILIDADE E COMPETÊNCIA DO PODER PÚBLICO ANTE AO CENÁRIO E AOS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS CONTEMPORÂNEOS 242
Simone Paula Vesoloski 242
Érica Vanessa Santori 242
William Picolo Fibrans 242
O ESTUDO DO MEIO AMBIENTE A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR: SOCIEDADE, AMBIENTE, ECONOMIA 258
Thaís Maciel de Oliveira 258
Noli Bernardo Hahn 258
PEQUENA PROPRIEDADE RURAL: METRAGEM A SER CONSIDERADA PARA FINS DE IMPENHORABILIDADE 271
Paula Ongaratto Trentin 271
Gilmar Bianchi 271
A APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO E CELETISTA PARA OS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 283
Mayara Dal Bosco 283
Evandro Luis Dezordi 283
A INCONSTITUCIONALIDADE DA APOSENTADORIA ESPECIAL COM AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019: A NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DO TRABALHADOR EXPOSTO A AGENTES NOCIVOS 294
Ariana Christina Nunes 294
Luciano Alves dos Santos 294
RECURSO DE REVISTA: ADMISSIBILIDADE, AMPLA DEFESA E CERCEAMENTO DE DEFESA 310
Mônica Guzzo Mondadori de Oliveira 310
Vera Maria Calegari Detoni 310
Deise Anne Longo 310
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL E NA PERSPECTIVA E EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA 324
Daiane Perissinotto 324
Dalana Bortoloso 324
Giana Lisa Zanardo Sartori 324
TELEMEDICINA: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E BIOÉTICOS 337
Daiane Perissinotto 337
Dalana Bortoloso 337
Giana Lisa Zanardo Sartori 337

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO ATO FUNDAMENTAL PARA A PRESERVAÇÃO DO AFETO NA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA 349
William Picolo Fibrans 349
Thaise Nara Graziottin Costa 349
Simone Paula Vesoloski 349
Érica Vanessa Santori 349
CONSTELAÇÕES FAMILIARES: ATUAÇÃO NOS CONFLITOS SOB A ÓTICA DO DIREITO SISTÊMICO NA BUSCA POR SOLUÇÕES PACÍFICAS..... 362
Huini Paola Wendisch 362
Giana Lisa Sartori Zanardo 362
O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A MEDIAÇÃO SANITÁRIA COM ESTRATÉGIA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) 377
Maria Eduarda Granel Copetti 377
Gabrielle Scola Dutra 377
Charlise Paula Colet Gimenez 377

APRESENTAÇÃO

O XXVIII Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais em 2021 apresentou uma série de temas jurídicos de extrema relevância, não só para os estudantes de Direito, para professores e profissionais da área jurídica, mas também para outras pessoas interessadas. A proposta do evento, desde sua primeira edição, foi promover a interdisciplinaridade entre as mais diversas áreas do conhecimento, direcionando-as para a área jurídica. Para fortalecer ainda mais esses momentos de discussão e reflexão, a IX Mostra Científica recebeu e apresentou diversos trabalhos dos inscritos no evento, na modalidade resumo expandido e artigo científico.

Dando sequência aos anos anteriores o e-book que está sendo apresentado conta com 28 (vinte e oito) artigos, todos alinhados às linhas de pesquisa do Curso de Direito da URI-Erechim. Os temas abordados foram os mais diversos, transitam entre os mais diversos ramos do Direito, desde a função social da empresa, o direito falimentar, os contratos inteligentes no ordenamento jurídico brasileiro, proteção de dados no agronegócio, obscuridade da lei penal, juiz das garantias, crime de stalking e a violência contra a mulher, Ministério Público e defesa de direitos difusos e coletivos, educação digital, as penas e o aprisionamento de mulheres no Brasil, discurso de ódio e a democracia, responsabilidade do ente público com a preservação do meio ambiente, ativismo judicial, possibilidade de vacinação compulsória: covid-19 e o direito à integridade física e à liberdade, cooperação social e qualidade da informação: abordagem sobre a contribuição de John Rawls para o enfrentamento da pandemia covid-19, pequena propriedade rural e a impenhorabilidade, a aplicação do regime jurídico estatutário e celetista para os servidores da administração pública, a inconstitucionalidade da aposentadoria especial com as alterações advindas da emenda constitucional n.º 103/2019, recurso de revista, diretivas antecipadas de vontade: o testamento vital no brasil e na perspectiva e experiência estrangeira, telemedicina: princípios constitucionais e bioéticos, a mediação de conflitos como ato fundamental para a preservação do afeto na fixação da guarda compartilhada, constelações familiares, o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

Os pesquisadores docentes e discen omados em Direito pela URI Erechim e de outras unidades da URI, além dos participantes de outras instituições de ensino, estão de parabéns por proporcionarem aos leitores a possibilidade de reflexão, de análises críticas, de fortalecer e aprofundar seus conhecimentos. O Curso de Direito da URI Erechim, mais uma vez cumpre com a missão e objetivos junto à comunidade, comprovando que ensino, pesquisa e extensão são os pilares desta universidade comunitária regional integrada do Alto Uruguai e das Missões.

Erechim, dezembro de 2021.

Profa. Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori
Coordenadora da IX Mostra Científica

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM FACE DAS RECENTES MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONCURSAL

Alana Mathilde Tomielos[1]
Alessandra Biasus[2]
Cáila Gismara Lazarotto[3]
Gabriela Capistrano Favero[4]

RESUMO: A Lei n. 11.101/05 trouxe mudanças como separação do conceito de empresa e empresário, a previsão de que apenas a empresa viável terá acesso ao benefício, a ampliação do elenco de mecanismos legais de recuperação, a extensão dos efeitos da recuperação judicial a todos os credores, o novo papel dado credor na aprovação do plano de recuperação e a possibilidade de convocação extrajudicial de credores. Essas mudanças foram concedidas graças ao princípio da função social da empresa, o qual leva em consideração os interesses coletivos em primeiro lugar e depois os interesses individuais. Já a Lei n. 7.661/45, tinha como objetivo o interesse individual dos empresários perante os interesses coletivos da sociedade. Essa mudança de olhar foi fundamental para conceder eficácia nas leis e decisões. Outrossim, o método de pesquisa do presente estudo é o experimental, onde busca-se determinar um objeto de estudo, analisá-lo e observar seus efeitos. Além disso, a técnica de pesquisa é a bibliográfica, cujo objetivo é conhecer e analisar as principais contribuições teóricas sobre o tema escolhido.

Palavras-chave: Função Social da empresa. Lei n. 7.661/45. Lei n. 11.101/05. Lei n. 13.874/19. Princípios. Sociedade.

INTRODUÇÃO

A função social da empresa, para Locke (2011) são ações que sejam do interesse direto das empresas e direcionadas para transformações sociais, políticas e econômicas que afetem sua capacidade de ser uma unidade produtiva eficiente.

Além disso, conforme o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica se fundamenta na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, conforme a justiça social.

Nesse sentido, o presente estudo aborda princípios que orientam o exercício da livre iniciativa empresarial, proteção dos empregados, defesa do consumidor, do meio ambiente, da redução das desigualdades e tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte.

[1] Acadêmica do 8° semestre do curso de Direito noturno, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* alana.tomielos@hotmail.com

[2] Especialista em Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Erechim, advogada e professora da disciplina de Direito Empresarial III na URI – Câmpus de Erechim.

[3] Acadêmica do 8° semestre do curso de Direito noturno, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Uri Erechim. *E-mail:* cailalazarotto@hotmail.com.

[4] Acadêmica do 8° semestre do curso de Direito diurno, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Uri Erechim. *E-mail:* faverogabi00@gmail.com.

Outrossim, a Lei n. 7.661/45, possuía incontroversas com os princípios da função social da empresa, já, a atual Lei 11.101/2005 trouxe uma preocupação com a manutenção da função social da empresa. Por exemplo, nessa lei, o empresário ou à sociedade empresária podem recorrer a Recuperação Judicial para negociar suas dívidas.

Ou seja, na Lei 11.101/2005, o legislador levou em consideração o Princípio da Função Social do Contrato. Definitivamente, todas as alterações trouxeram benefícios para as empresas e malefícios aos empresários, pois os mesmos não eram punidos na Concordata na Lei n. 7.661/45, já na lei nova criou-se a opção de retirar o empresário da administração na Recuperação Judicial e por outro lado, na Falência ele automaticamente é retirado.

DESENVOLVIMENTO

A função social e a boa-fé objetiva são princípios fundamentais do Código Civil de 2002. Boa-fé objetiva é horizontal, endógena; enquanto função social é vertical, exógena (PEDRAS JÚNIOR, 2005).

A função social da empresa consolidou-se no momento em que a função social da propriedade projetou seus efeitos sobre os bens de produção, que igualmente tem sua estrutura alterada para assumir compromissos com a comunidade (FRAZÃO, 2018).

Vale mencionar que as primeiras concepções sobre a função social da propriedade advêm do pensamento de Auguste Comte, que procurou substituir o caráter pessoal e arbitrário da propriedade privada por finalidade orientada para o bem da sociedade (FRAZÃO, 2018).

A constituição federal engloba três tipos de Funções Sociais. A primeira é a função social do contrato, a função social da propriedade e a função social da empresa (ALBUQUERQUE, 2020).

Primeiramente, a função social do contrato consiste na relação dos contratantes e como influenciam na sociedade, pois o contrato poderá produzir efeitos para terceiros. A principal consequência jurídica da função social dos contratos é a ineficácia de relações que ofendem interesses sociais ou a dignidade da pessoa. Logo, caso ocorra algo nesse contrato que prejudique terceiros e a sociedade, esse contrato será nulo (ALBUQUERQUE, 2020).

Por outro lado, a função social da propriedade é descrita no artigo 5, XXII da Constituição Federal, como um direito fundamental para cada cidadão: XXIII – a propriedade atenderá a sua função social. Ela significa que a propriedade urbana ou rural deve servir aos interesses do proprietário e atender às necessidades da sociedade. Logo, a função social condiciona o direito de propriedade, pois o direito de propriedade é limitado pela função social da propriedade (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, a função social da empresa, tem fundamento no sentido de que a empresa desempenha um papel fundamental para a sociedade, sem ela surgiriam conflitos, como falta de emprego, falta de renda, falta de alimentos e produtos, já que os mesmos não seriam fabricados. Para Roque (2006):

> A população mundial aumenta incessantemente, aumentando também as necessidades de consumo. O mesmo fenômeno ocorre com nosso país a população brasileira aumenta de forma explosiva, contando hoje com mais de 170 milhões de habitantes. Essa população forma um mercado consumidor, necessita de mercadorias e serviços. [...] Levantar as necessidades do mercado consumidor, produzir mercadorias e serviços que satisfaçam essas necessidades e fazer com que cheguem às mãos dos que deles necessitam, não pode ser tarefa empírica, ocasional e isolada. Deve ser um trabalho maiúsculo, planejado e cientificamente executado dentro de uma tecnologia apropriada; envolve a participação de técnicos especializados. É os trabalhos das empresas.

A empresa por ser uma atividade funcional, contempla os interesses dos empresários, funcionários, comunidade, Estado, etc. Na Constituição Federal, o princípio da Função Social da Empresa está presente no art 170, com parâmetros objetivos para a construção dos deveres inerentes à função social, como a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I – soberania nacional;
> II – propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

Como uma definição doutrinária acerca da função social da empresa:

> Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no

> interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade trasmuda-se, quando tais bens são encorpados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular de o controle de dirigir a empresa para a realização de interesses coletivos (OLIVEIRA apud COMPARATO, 2005, p.233).

A função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica (ALMEIDA, 2003).

A empresa possui um viés constitucional, visto que existem artigos dentro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que determinam, mesmo que implicitamente, um comportamento a ser esperado do empresário. (ALMEIDA, 2003).

Dentre outros temas, temos "i) a proteção constitucional do nome das empresas (art. 5o, inc. XXIX), considerado um direito fundamental expresso de titularidade empresarial; ii) o regime de participação nos lucros da empresa" (TAVARES, p. 24, 2013), etc.

Como a empresa possui escopo lucrativo, eis que atividade econômica, a função social é uma limitação legal para que o empresário possua responsabilidade social para atingir seu objetivo empresarial. A função social é determinada na Constituição Federal, na medida em que a empresa observa. Vejamos:

> A solidariedade (CF/88, art. 3°, inc. I), promove a justiça social (CF/88, art. 170, caput), livre iniciativa (CF/88, art. 170, caput e art. 1°, inc. IV), busca de pleno emprego (CF/88, art. 170, inc. VIII), redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 170, inc. VII), valor social do trabalho (CF/88, art. 1°, inc. IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1°, inc. III), observe os valores ambientais (CDC, art. 51, inc. XIV), dentre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais. (PEREIRA, 2011).

Outro importante aspecto são as dimensões da responsabilidade social da empresa, divididas em quatro, propostas por Carroll, em 1979. A primeira delas é a responsabilidade econômica, pois, a empresa produz bens e serviços que a sociedade necessita em troca de obter lucro (apud BARBIERI, p. 66).

Em seguida, temos a responsabilidade legal, já que formada a empresa, esta deverá seguir a legislação vigente, produzindo o que é lícito (BARBIERI, p. 66). Em terceiro, há a

responsabilidade ética, ou seja, o empresário deve ter noção do que é justo e certo (BARBIERI, p. 66). Por fim, tem-se a responsabilidade discricionária, devendo as empresas atuarem como bons cidadãos e produzindo o bem-estar (Carroll, apud Barbieri, p. 66).

Com isso, pode-se afirmar que a responsabilidade social de uma empresa importa para que ela seja bem-sucedida, afinal, a sociedade preza pelo lucro em simetria com a proteção de seus direitos. (ALMEIDA, 2003).

No tocante ao parâmetro da Defesa do Consumidor os empresários devem desenvolver serviços de maior qualidade e segurança para a sociedade e assim protegendo os direitos dos consumidores. Já no sentido do meio ambiente, os recursos não podem ser usados de forma irresponsável, colocando-se como prioridade a busca do desenvolvimento econômico. Utilizados de forma sustentável, compatibilizando-se desenvolvimento econômico com equilíbrio ecológico (VILLELA, 2020).

Além disso, o Código Civil de 2002, estabeleceu que o exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social. Nesse sentido, Eduardo Tomas e Vinicius Filho (2003) afirmam que não faz sentido imaginar que uma empresa não está obrigada a cumprir com os deveres positivos e negativos decorrentes da função social da sua atividade por inexistência de dispositivo legal expresso.

Outrossim, a Lei das Sociedades por Ações trata da função social da empresa no art. 116:

> Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
> a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
> b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
> Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (BRASIL, 2005).

O art. 154 da Lei das Sociedades por Ações, dispõe que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e os interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa:

> Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

> § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.
> § 2° É vedado ao administrador:
> a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
> b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;
> c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.
> § 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.
> § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais. (BRASIL, 2005).

A Lei também complementa que a recuperação judicial tem por objetivo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Eduardo Tomas e Vinicius Filho (2006) define a função social da empresa como o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.

Para manter a empresa com fulcro no princípio da função social da empresa, é necessário respeitar os seguintes princípios: Princípio da Dignidade Empresarial: A empresa deve ser administrada com equilíbrio e sem nenhum abuso econômico. Princípio da Boa-Fé Empresarial, deve-se contratar de forma justa, observando a justiça contratual (VALE, 2017).

Além disso, Kant apud Zanoti menciona que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem um preço e pode ser substituído por alguma coisa equivalente; o que é superior a todo preço e, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma dignidade. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ela não obedece a nenhuma lei que não seja instituída por ele mesmo. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço […]".

Nesse princípio, a dignidade da pessoa humana é representada pelos trabalhadores, englobando os direitos individuais e coletivos, na figura dos sindicatos, associações, etc (PEREIRA, 2020).

Conclui-se nesse sentido, que a função social da empresa é o dever dos empresários de obedecer às leis impostas, sem prejudicar o meio-ambiente, empregados e a sociedade

em geral. Também, dever de pagar impostos e em sentido amplo o dever do empreendedor de realizar uma atividade empresarial, gerar empregos, arrecadação para o Estado e desenvolvimento econômico em geral (VALE, 2017).

Outrossim, a Lei de Falências, Lei n. 11.101, marcou um cenário empresarial com grandes e modernas empresas corporativas, ao invés das empresas individuais e familiares que inspiraram a antiga legislação. Nesse sentido, José Cretela Neto (2005) assevera:

> Imposta a mais de seis décadas, nos estertores do período ditatorial de Getúlio Vargas, a legislação anterior limitava-se a oferecer regras para o fechamento de empresas com dificuldades financeiras e critérios para que os credores pudessem ressarcir-se de seus prejuízos. [...] frequentemente o comerciante decretado falido deslocava as suas atividades para, em nome de terceiros, continuar no mercado, sem sofrer qualquer espécie de punição, ainda que a falência fosse fraudulenta. Enfim, punia-se, em regra, os bons comerciantes – que ficavam a ver navios com seus créditos esfumaçando-se no decorrer do processo – e deixava-se impunes os mal intencionados.

Por exemplo, a falência que foi criada para eliminar do mercado as empresas deficitárias, mediante a liquidação judicial dos seus ativos para a satisfação dos credores, resultando no encerramento de suas atividades e dispensa de seus empregados. A concordata era utilizada pelos empresários, independentemente da vontade dos credores, o devedor preenchendo alguns requisitos, conseguia a prorrogação do prazo para pagamento das dívidas ou a redução do seu valor (LIMA, 2017).

Atualmente, a empresa que visa a função social da sociedade deve ser conservada para que continue com seus trabalhadores, produzindo bens, prestando serviços para a população e arrecadando impostos para o Estado. A função social e o princípio da preservação da empresa como fundamentos jurídicos da substituição do instituto da concordata pelo instituto da recuperação de empresas, sendo a nova visão do direito falimentar. Ou seja, as principais alterações trazidas pela Lei n. 11.101/05 foram modificadas com base na função social da sua empresa para preservá-la (LIMA, 2017).

Além disso, a separação do conceito de empresa e empresário, na lei anterior, tinha o objetivo de punir a empresa, já a Lei n. 11.101/05 tem o objetivo de punir o empresário e não a empresa. Essa separação permite o afastamento do empresário inapto (LIMA, 2017).

Na concordata da Lei n. 7.661/45 apenas contemplava os credores quirografários, de modo que os credores com garantia real, privilégio especial ou geral não eram contemplados. Deixando de lado os débitos fiscais, os encargos trabalhistas e as dívidas bancárias garantidas por direito real, para abranger tão somente o pagamento dos créditos dos fornecedores. Para resolver esse problema, os credores não alcançados poderiam acionar o devedor insolvente e requerer, por exemplo, a sua falência, o que trazia ineficácia a concordata. Resolvendo essa situação a recuperação judicial de empresas e a falência incluíram todos os credores, inclusive aqueles titulares de privilégios ou

preferência. Ao contemplar um elenco maior de credores, o novo instituto reduziu o risco de o devedor ter a sua falência decretada. Essas considerações salientam a função social e o princípio da preservação da empresa. Também é possível com a nova lei convocar extrajudicialmente os credores, o que na Lei n. 7.661/45 era tida como ato de falência (FERREIRA, 2012).

Além disso, o Decreto-Lei n. 7.661/45 determinava que os devedores decidiriam de forma unilateral, qual o benefício mais adequado à sua situação, sem a interferência dos credores sendo que a única limitação existente dizia respeito à proposta de dividendos mínimos, prevista no art. 156, §1º. Agora, o credor escolhe os passos da empresa, os quais serão aprovados na assembleia de credores pelo plano de recuperação. A assembleia de credores virou o órgão responsável pelas deliberações da atividade empresarial (Ferreira, 2012).

Assim, entende-se que o legislador precisava modificar a concordata, a qual não estava sendo útil e para isso, ao legislar a nova lei as alterações foram com fulcro no princípio da Função Social da Empresa, buscando diminuir a decretação de falência (FERREIRA, 2012).

Com a legislação atual visivelmente modificada, especialmente pela Lei 13.874/2019, vemos que o processo de criação de uma empresa foi desburocratizado, o que era necessário, mas, alguns direitos trabalhistas, por exemplo, foram flexibilizados, o que implica em uma nova mudança na perspectiva da função social da empresa. (ALMEIDA, 2003).

Outro ponto importante foi o fim do eSocial, veja-se:

> Art. 16. O Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial) será substituído, em nível federal, por sistema simplificado de escrituração digital de obrigações previdenciárias, trabalhistas e fiscais. (BRASIL, 2019).

A legislação prevê que o sistema será substituído, contudo, não houve a criação de outro sistema federal até então. A consequência é que o empresário deveria enviar documentos exigidos por lei sobre seus empregados, que incluíam dados previdenciários, fiscais e trabalhistas, o que conferia uma fiscalização e controle legal da atividade empresarial. (ALMEIDA, 2003).

Outra questão importante e que foi novidade é o abuso regulatório,

> Este conceito acontece quando a administração pública, indevidamente, edita alguma norma que possa prejudicar uma atividade econômica. Alguns exemplos de abuso regulatório: favorecer a concentração de mercado; exigir uma especificação técnica que não seja necessária para o objetivo do negócio, que impeça a adoção de novas tecnologias ou a entrada de concorrentes nacionais ou estrangeiras no ambiente de negócios. (TORRES; VITOR, 2021).

A Constituição Federal prevê artigos a serem observados quando a atividade econômica for exercida por particulares, isso pode ser definido como intromissão do Estado na atividade privada, como, por outro lado, pode ser definido como uma ação estatal na busca da proteção e promoção de direitos fundamentais (ALMEIDA, 2003).

O fato é que a legislação retirou um pouco da função social da empresa e a deixou mais privada, bom para o empresário, mas como a alteração é recente, resta aguardar se a atividade irá promover e cumprir com as garantias constitucionais (NOVELINO, 2017).

Segundo Marcelo Novelino, é uma ideia de limitar o poder do Estado, ele se submete à lei. O Estado liberal criou o constitucionalismo de uma forma em que haja distância entre o estado e o privado, um não interfere no outro. Nele, as constituições previram direitos e garantias fundamentais contra o estado, como os direitos e garantias fundamentais de primeira geração -hoje em dia, no Brasil, essa visão originária foi modificada e acredita-se que as garantias fundamentais possuam eficácia imediata inclusive nas relações particulares (NOVELINO, p. 52-53, 2017).

Atualmente o Estado de direito é, necessariamente, vinculado a proteção, promoção e respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, o que persiste é a necessidade de preservação desses direitos, independente da relação ser particular ou pública (NOVELINO, p. 52-53, 2017).

CONCLUSÃO

Foi possível concluir que com o aumento das empresas no Brasil as legislações necessitam de atualizações, pois as leis não estavam resolvendo todos os problemas. Assim, a intervenção legislativa ocorreu para solucionar problemas presentes nas leis.

Então o legislador passou a aplicar o princípio da função social da empresa, o qual eleva-se o grau de importância perante a coletividade e o individual, invertendo o foco para a sociedade e não para o empresário, o que ocorria na legislação anterior. Impondo que o ordenamento somente reconheça um direito subjetivo individual se ele interessar as necessidades sociais. Ou seja, se o interesse individual for útil ao interesse social ele será acolhido. Ademais, a Lei n. 11.101/05 e a função social preservaram a empresa, buscando diminuir as chances de decretação de falência.

As principais alterações trazidas pela Lei foram a separação do conceito de empresa e empresário, requisitos para as empresas terem benefícios, a ampliação do elenco de mecanismos legais de recuperação, extensão dos efeitos da recuperação judicial a todos os credores, o novo papel dado credor na aprovação do plano de recuperação e a possibilidade de convocação extrajudicial de credores.

Além disso, para a empresa é essencial que as normas jurídicas respeitem os

princípios da soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte e a função social da empresa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Anderson Ayres Bello. A função social do contrato: constitucionalização do Direito Civil. **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321089/a-funcao-social-do-contrato--constitucionalizacao-do-direito-civil. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

BARBIERI, José Carlos. CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável**: da teoria à prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208325/cfi/0. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1976.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2005.

CRETELLA NETO, José. Nova Lei de falências e recuperação de empresas: Lei n° 11.101, de 09.02.2005. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

CHEIBUB, Zairo B.; LOCKE, Richard M. **Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas**. 2011. Disponível em: http://rlocke.scripts.mit.edu/~rlocke/docs/papers/Locke,R%20%26%20Cheibub, Z_Valores%20ou%20Int eresses.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

FERREIRA, Gabriela Macedo. O instituto da recuperação de empresas e sua função social. **Jus.com.br**, 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21530/o-instituto-da-recuperacao-de-empresas-e-sua-funcao-social/2. Acesso em: 15 ago. 2021.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2018.

LIMA, Francisco Régis Leite. A decretação da falência pelo não pagamento no vencimento

de obrigação e a jurisprudência. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/a-decretacao-da-falencia-pelo-nao-pagamento-no-vencimento-de-obrigacao-e-a-jurisprudencia/. Acesso em: 15 ago. 2021.

MARTINS, Adriano de Oliveira. A função social da empresa como instrumento de efetividade da recuperação empresarial. **Univem**, Marília, 2013, p. 18, 2013. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/935/Disserta%e7%e3o++Adriano+de+Oliveira+Martins+PDF.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 ago. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodvm. ps. 52-53. 2017.

PEREIRA, Aline Ribeiro. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. **Aurum**, 2020.Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/. Acesso em: 15 ago. 2021.

ROQUE, Sebastião José**. Fundamentos e objetivos do novo direito de recuperação de empresas**. Saraivajur, 2008, p. 51.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2013. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4569-5/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 15 ago. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 810, 2003, p. 42.

TORRES, Vitor. MP **Liberdade Econômica**: o que muda para o pequeno empreendedor? Disponível em: https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/mp-liberdade-economica-entenda-o-que-muda-para-o-pequeno-empreendedor/. Acesso em: 15 ago. 2021.

VALE, Horácio Eduardo Gomes.Princípio da função social da empresa. **Jus.com.br**, 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56478/principio-da-funcao-social-da-empresa. Acesso em: 15 ago. 2021.

VILLELA, Carlos. Opinião: **Existe um "código" de defesa do empresário?** Acic, 2020. Disponível em: https://www.acicri.com.br/corana/opiniao-existe-um-codigo-defesa-empresario-74. Acesso em: 15 ago. 2021.

LEI Nº 14.112, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2020 E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Charline Bianca Paggi [1]
Hemanuelli Variani Calderoli [2]
Alessandra Biasus [3]

RESUMO: O propósito da pesquisa é comparar as principais mudanças trazidas pela nova lei de recuperação judicial e falências. A ideia é também construir um estudo que contribua para o desenvolvimento da maior segurança jurídica das empresas, consumidores e credores. A recuperação judicial e falência são institutos que possibilitam a retomada financeira de uma empresa que se encontra em grave crise econômica ou que não possuem capital para pagar seus credores necessitando encerrar suas atividades, respectivamente. No Brasil, a prática da recuperação judicial tem se intensificado e com o advento da nova lei o procedimento se tornou mais seguro e estável. Desse modo, com tal inovação no ordenamento jurídico, objetiva-se, na presente pesquisa, analisar tais mudanças indo ao encontro do princípio da função social da empresa. Assim, verificar-se-á que tal princípio é considerado fundamento jurídico das alterações dos institutos falimentares. Emprega-se, como metodologia, a revisão da literatura, tendo sido examinados obras e artigos científicos nacionais e sites relacionados ao tema, tomando como aporte teórico a discussão social no campo do direito comercial e empresarial.

Palavras-chave: Função Social. Empresa. Segurança Jurídica. Credibilidade. Evolução.

INTRODUÇÃO

A recuperação judicial tem como finalidade evitar que uma empresa que estiver passando por grave crise financeira entre em falência. Para tanto, é necessário reorganizar a empresa tanto no âmbito administrativo como no econômico por meio de um administrador judicial, realizar o pagamento dos credores e recolocar a empresa no mercado econômico.

Em contrapartida, quando uma empresa não possui mais ativos financeiros para realizar o pagamento dos credores e encerra suas atividades no âmbito empresarial, estará decretada sua falência. A Lei 11.101/05 expressa que "a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização dos bens ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa" (BRASIL, 2005, art. 75).

Com isso, o objetivo da presente pesquisa é verificar a evolução desses dois institutos

[1] Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* charlinebianca.p@gmail.com
[2] Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* hemanuellivariani08@gmail.com.
[3] Especialista em Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Erechim, advogada e professora da disciplina de Direito Empresarial III na URI – Câmpus de Erechim.

em decorrência das novas necessidades da sociedade, bem como a aplicabilidade da sua função social. Justifica-se a abordagem temática pois se faz necessário a criação de normas nesse contexto que permitam um procedimento justo e confiável, em que o legislador brasileiro acompanhe os anseios sociais.

Utilizou-se, como metodologia, a revisão da literatura, tendo sido examinados obras e artigos científicos nacionais e sites relacionados ao tema, tomando como aporte teórico a discussão social no campo do direito comercial e empresarial.

CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de compreender estritamente a função social da empresa, faz-se necessário abordar a evolução do contexto empresarial para observar seu desenvolvimento com o passar do tempo.

O comércio surgiu por meio da necessidade de trocas de mercadorias e como na época não existia papel-moeda os pagamentos eram realizados por meio de transferências de produtos, e regidas por leis próprias. Nesse período também surgiu o comércio marítimo, que ganhou intensidade por meio de seus regulamentos particulares. Foi somente com a criação da moeda que se iniciou a economia de mercado propriamente dita, que reflete nas relações de comércio até os dias de hoje (TELES, 2012)

Com o passar do tempo e com a troca de moeda se tornando mais intensa, tornou-se necessária a criação de uma legislação padrão que regulamentasse efetivamente as relações de comércio como um todo. Assim, em 1807 surgiu o Código Francês, os atos de comércio e a criação da expressão "empresa mercantil", que foram os primeiros dispositivos a regulamentar de maneira geral todas as relações de comércio existentes na época. No Brasil, a legislação específica surgiu somente em 1850 com a criação do Código Comercial, inspirado pelo Código Napoleônico (TELES, 2012).

De acordo com Miragem (2004, p.11),

> [...] nos quarenta anos que sucederam à promulgação do Código, diversos diplomas versaram, principalmente, sobre a regulamentação da atividade dos corretores, agentes de leilão, os tribunais de comércio, as exigências em relação às concordatas, entre outros temas.

Ressalta-se que, somente em 1976, criou-se a Lei da S.A, a qual estipulou expressamente a função social da empresa em seu artigo 154[1]. Além disso, o surgimento da

[1] Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. § 2° É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou

nova Constituição Federal de 1988, modificou a obsoleta visão de que a empresa gerava apenas lucro e passou-se a perceber a importância de suas funções para a coletividade, já que, de modo geral, a função social da empresa havia sido criada pela "necessidade de limitar o individualismo dos empresários, garantindo a satisfação dos interesses da coletividade, o que atualmente é impossível de ser feito somente pelo Estado" (FRAPORTIS; REIS, 2018, p. 45).

Posteriormente essa ideia foi reforçada, ainda mais com o advento do Novo Código Civil de 2002, o qual trouxe mudança significativa no ordenamento jurídico, uma vez que se abandonou o caráter individualista e eminentemente patrimonial do Código Civil de 1916 e passou a ser adotada a coletividade e a socialidade como normas informadoras da nova legislação (TELES, 2012).

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa tornou-se um dos princípios mais importantes do direito empresarial, sendo composta por três elementos: função, social, empresa. Atualmente está descrita na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º, XXIII; 170, III; 182, § 2º e 186, I, II, III, IV, bem como no Código Civil, que dispõe sobre a função social em seus arts. 421; 1.228, §1º e 2.035, Parágrafo Único. Os referidos dispositivos legais são interpretados de forma extensiva, já que nada falam especificamente sobre a empresa, mas sim, tratam da propriedade.

Destaca-se que, como conceito geral, a função social da empresa (PEREIRA, 2011, n.p),

> [...] engloba a ideia de que esta não deve visar somente o lucro, mas também preocupar-se com os reflexos que suas decisões têm perante a sociedade, seja de forma geral, incorporando ao bem privado uma utilização voltada para a coletividade; ou de forma específica, trazendo realização social ao empresário e para todos aqueles que colaboraram para alcançar tal fim.

Enquanto Fraportis e Reis (2018, p.44) afirmam que:

> [...] a função social da empresa não envolve apenas a propriedade, mas também o contrato firmado entre as partes. Afinal, mesmo que seja um acordo entre indivíduos, ele funciona como uma forma de organização econômica e social. Nesse sentido, precisa considerar o interesse dos envolvidos e também daqueles que o cercam.

de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. § 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia. § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

O termo função pode ser considerado como uma satisfação de determinada necessidade, de modo que a função social tornar-se-á a satisfação das necessidades da sociedade, com o intuito de desenvolver suas atividades visando ao social (FERREIRA apud MOARES, 2012). Nesse sentido, Cordeiro e Torres (*apud* ROSENVALD; CRISTIANO FARIAS, 2015, n.p) ensinam que:

> [...] a expressão função social tem origem no termo latim *functio*, "cujo o significado é o de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade". Na visão do Direito Empresarial a função social da empresa é basicamente o que foi definido no parágrafo anterior, com o papel da empresa sendo relacionado com a satisfação da demanda humana de bens e serviços da sociedade. A partir dessa visão pode-se concluir que a empresa é uma figura muito importante no meio social para a efetivação de direitos e garantias fundamentais implementados pelos Estados de direito.

Por essa razão, toda vez que uma empresa é criada, obrigatoriamente deve ser pensada como uma função social. Além do mais, é necessário que as decisões tomadas pelos administradores das empresas alcancem tanto os interesses da própria empresa, como os da coletividade, isso quer dizer que além de gerar lucros, a empresa deve contribuir com o crescimento e desenvolvimento da sociedade, bem como que sua função seja compatível com os interesses de todos, como é o caso da geração de emprego e renda, a garantia de circulação de bens, serviços e capital. A empresa, portanto, é uma instituição "relevante socialmente, é um fator de progresso econômico e de geração de emprego, e ao produzir renda ou bem-estar ao empresário, poderá acarretar, p. ex., uma não compensação" (DINIZ, 2018, p.10).

Com isso, o princípio da função social da empresa traz mais justiça, de modo que possui o propósito de impedir abusos de interesses individuais dos administradores promovendo ainda mais os interesses da coletividade (FRAPORTIS; REIS, 2018).

Assim, o empresário deve "harmonizar os interesses próprios, os de seus clientes, os de seus fornecedores, acionistas e funcionários, os da sociedade em geral e também os do governo" (FRAPORTIS e REIS, 2018, p. 49), além de pautar suas ações pela boa-fé, probidade, ética e a preocupação com o meio ambiente, devendo, também, respeitar a livre concorrência e seus consumidores.

Importante ressaltar que, de acordo com Coelho (2020, p.35):

> Para que cumpra a função social, não é necessário que a empresa gere novos postos de trabalho, nem mesmo que, vindo a atravessar dificuldades, mantenha os que tiver gerado. Também não se exige que ajude a comunidade vizinha aos seus estabelecimentos empresariais ou promova ações culturais ou educacionais. Função social não se confunde com responsabilidade social da empresa: enquanto o cumprimento daquela é mandamento constitucional, o desta é mera faculdade.

Nota-se, então, que a função social não priva o empresário de sua liberdade de agir e coordenar a empresa, uma vez que, apesar de ser necessário cumprir deveres sociais, não se pode desempenhar práticas que não fazem parte de seu objeto e que não estejam ligadas a atividade econômica, sob pena de responsabilização. Segundo Teles (2012, p.06):

> Para se verificar se uma empresa cumpriu sua função social, basta se aplicar a Teoria da Eficiência de Paretto, que prescreve a ocorrência da função social de qualquer instituição baseado no quesito prejuízo. Cumprirá a função social a instituição que ao realizar suas atividades não acarretar prejuízos a quem quer que seja. Não se pode admitir o lucro de uns que pressuponha prejuízo a alguém.

Ressalta-se que a sociedade, para se desenvolver, depende do fortalecimento de sua economia, onde a empresa é a principal responsável, uma vez que objetivam a circulação de riquezas, realizando a produção e circulação de bens e produtos (TELES, 2012).

Desse modo, a empresa cumprirá com sua função social quando observar a solidariedade, realizar a busca do pleno emprego, promover a livre iniciativa, preservar o meio ambiente, além de reduzir as desigualdades sociais (TELES, 2012).

LEI Nº 11.101/05 E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, derivada do Projeto de Lei nº 4.376/93, a qual regula a falência e as recuperações judicial e extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, entrou em vigor objetivando abranger empresas grandes, empresas de pequeno porte e microempresas.

Assim, tendo como finalidades a viabilização do devedor em superar suas dificuldades financeiras e a possibilidade de manutenção de empregos, o atual dispositivo legal buscou incentivar a preservação da empresa no intuito de fazê-la cumprir com sua função social, conforme disposto no artigo 47 da Lei em estudo:

> A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005, Art. 47).

Em complemento, Carvalho (2017, p. 88/89) expressa que:

> Consoante o disposto no art. 47, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de

> permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. O instituto da recuperação judicial tem por escopo, em sua visão principiológica, a preservação da empresa, diante da premissa de que esta possui uma função social, na medida em que a atividade empresarial implica em geração de empregos, circulação de recursos e recolhimento de tributos.

Félix (2014) expressa que o principal objetivo do instituto da recuperação judicial é reorganizar a atividade empresária, de modo que continuem a desempenhar as atividades já desenvolvidas por ela, servindo, assim, à função social que a foi destinada.

Como já referido, a função social da empresa está prevista na Constituição Federal de 1988, porém também está delimitada na Lei nº 11.101/05, de forma abstrata. Por essa razão, a doutrina estabeleceu a "função social da empresa com base nos valores gerais estabelecidos como diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro" (FERREIRA, 2012, n.p).

Há pouco tempo as empresas recebiam incentivos precários e não conseguiam tornar seus empreendimentos positivos, visto que sempre estavam em dívidas. Com o advento da função social propriamente dita, a empresa assumiu um papel importantíssimo na sociedade que perduram até os dias atuais. Por esse motivo, Ferreira (2012, n.p) afirma que:

> […] o foco do legislador falimentar voltou-se primordialmente para a recuperação da empresa em crise. Por isso, pode-se afirmar que a função social, em ambas as acepções aqui defendidas, e o princípio da preservação da empresa representam os fundamentos jurídicos da alteração dos institutos falimentares.

A referida lei também elencava que os sócios administradores deveriam agir com lisura e transparência, observando "as normas legais e contratuais pertinentes e buscando dar cumprimento com eficiência aos interesses da sociedade" (FERREIRA, 2012, n.p). Com isso, é possível observar que havia uma preocupação intensa com a função social da empresa, o que com o passar do tempo cresceu ainda mais, tendo em vista as constantes mudanças ocorridas na sociedade.

Porém, destaca-se que com a lei nº 11.101/05 havia o entendimento de que "a recuperação judicial não tem caráter de ressurreição, mas sim caráter preventivo, devendo ser concedido somente às empresas viáveis, sendo a falência a solução jurídica aplicável às empresas inviáveis" (PACHECO, 2013, n.p).

Por meio desse entendimento e pela credibilidade que as empresas perdiam ao requerer a recuperação judicial, a maioria delas evitavam fazer tal pedido ou o faziam tardiamente, quando já não possuíam capital suficiente para pagar seus credores, por conta disso dificilmente as empresas se recuperavam.

Nesse sentido, Queiroz (2009, n.p) expressa que a inibição dos credores em participar ativamente dos processos falimentares e recuperatórios se dá por:

> (i) falta de credibilidade e confiança do devedor em razão de atos praticados pré-pedido de recuperação; (ii) recuperação pedida tarde demais — devedor já estava tecnicamente falido no ato do pedido de recuperação; (iii) insegurança jurídico-financeira — as intrincadas nuances ainda existentes na lei contribuíram para que os credores ficassem arredios a assumir qualquer risco adicional. Controvérsias e conflitos de competência que ocorrem pós-pedido, irregularidades jurídicas, administrativas e financeiras praticadas pelo devedor pré-pedido de homologação pelo Juízo, falta de transparência, balanços maquiados, fraudes, ocultação e desvio de ativos, são exemplos disso; (iv) incidência de planos mal concebidos; (v) observância de processos não conduzidos por experientes especialistas em gestão de crises e recuperação de empresas; [...]

Foi no sentido de corrigir tais erros, evitar mais fraudes e assegurar uma recuperação judicial com segurança jurídica e que gere confiança aos investidores e credores que surgiu a nova lei de recuperação judicial e falências, trazendo em sua base os princípios da função social e da preservação da empresa.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Com o advento da lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, a qual alterou a lei nº 11.101/2005, ocorreram alguns impactos importantes na função social da empresa. O texto o qual decorreu do PL 4.458/20, que foi aprovado pelo Senado em 25 de novembro do referido ano, atualizou a legislação referente á recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária.

Até o ano de 2021, a lei em vigor (lei nº 11.101/2005), dispunha sobre a recuperação judicial e falência. Já havia algum tempo que se proclamavam as alterações dessa lei, pois como é sabido, a mesma deveria estar de acordo com as necessidades do momento. Somado a isso, com o advento da pandemia do Coronavírus (Covid-19), tornou-se necessária a criação de uma legislação que proporcionasse maior agilidade e segurança jurídica nos processos (BAYMA, 2021).

Lazzarini (2009 p. 124/125) refere que a Lei Federal nº 11.101/2005:

> [...] dá uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios, para a elevar [sic] ao patamar de interesse público, ou seja, passa a ser considerada como uma instituição e não mais uma relação de natureza contratual. Deixa de ter a dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender outros interesses (a função

> social, os empregados, os credores, etc.) que se sobrepõem ao interesse dos sócios. (LAZZARINI, 2009, p 124/125)

De acordo com Bayma (2021), dentre tantas alterações promovidas pela nova lei, destacam-se as seis mais importantes: o aumento do prazo de parcelamento dos débitos com a União, possibilidade de negociar com credores antes de entrar em recuperação judicial; juiz pode autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor; bens pessoais dos devedores poderão ser usados como garantia; legitimidade do representante estrangeiro para postular diretamente ao juiz brasileiro e por fim; e a possibilidade do produtor rural requerer a recuperação judicial.

Desse modo, o empresário, ao entrar em recuperação judicial, enfrenta diversas dificuldades, como o grande número de dívidas e a remota possibilidade de retornar ao mercado de trabalho recuperado. Com o advento da pandemia do Covid-19, as inúmeras falências e a grande quantidade de empregos perdidos, fizeram com que os legisladores criassem um prazo maior, no que se refere ao parcelamento dos débitos com a União. Esse aumento de prazo traz maior possibilidade de recuperar as condições financeiras de sua empresa de forma definitiva, já que o aumento do parcelamento passa a ser de sete meses para dez meses (BAYMA, 2021).

Destarte, seguindo entendimento do autor, a referida lei criou um capítulo destinado a tratar da insolvência transnacional, que se caracteriza quando alguns dos credores não estão situados no país, conforme explica:

> Nesse tocante a legislação confere ao representante estrangeiro legitimidade para postular diretamente ao juiz brasileiro. O propósito é assegurar que os credores estrangeiros gozem dos mesmos direitos e recebam o mesmo tratamento dispensado aos credores nacionais. Com esse novo tópico, a lei incorpora a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional e proporciona o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento no país. (BAYMA, 2021, n.p)

Ressalta-se que, outro ponto fundamental foi a possibilidade de negociar com credores antes de entrar em recuperação judicial, que passou a ser uma espécie de fase pré-processual, criada com o intuito de viabilizar a conciliação, a mediação e outras maneiras de resolver os conflitos referente à recuperação judicial, o que se torna mais prático para ambas as partes. Como também foi instituída a liderança do juízo brasileiro na condução do processo de insolvência quando o devedor tiver no nosso país o seu centro de interesses principais. (BAYMA, 2021).

Dessa forma, a possibilidade de negociar a dívida é um "instrumento disponibilizado ao devedor para que, diante de seus credores, negocie um plano de recuperação que somente é submetido à homologação judicial em situações especiais" (FONSECA, 2021, p.195).

Cabe ressaltar que o plano de recuperação judicial é um dos principais instrumentos do processo de recuperação, o qual dependerá de uma análise precisa da situação econômica do devedor. Nele deverá conter, explicitamente, o quadro de devedores juntamente com a proposta de adimplemento do passivo, além de ser demonstrada, como fundamento no plano, a viabilidade econômica da empresa, seguindo o art. 53 da Lei nº 11.101/05[1] (GUIMARÃES, 2018).

Outra situação recorrente é a falta de incentivos para financiamentos das dívidas do devedor em recuperação judicial, o que sempre foi alvo de inúmeras críticas. Com a nova Lei da Recuperação Judicial e Falência, tal reclamação foi atendida e inserida no dispositivo legal a Seção IV-A, arts. 69-A a 69-F, que tratam especificamente do financiamento do devedor durante a recuperação judicial. Essa inserção é conhecida como "Debtor--in-Possession (DIP) Financing, equivalendo a financiamento do devedor mantido na atividade empresarial" (FONSECA, 2021, p. 123).

Ainda, de acordo com Fonseca (2021, p.123) como garantia a esse financiamento adquirido,

> [...] o devedor poderá ofertar bens e direitos próprios ou de terceiros, mesmo que pertencentes ao ativo não circulante, ou seja, bens que não seriam destinados à venda, mas que servem à própria estrutura empresarial (maquinário, por exemplo). Os bens e direitos podem ser onerados com garantia real ou alienados fiduciariamente.

Antes de entrar em vigor a nova Lei, os possíveis financiadores poderiam ficar inseguros com os riscos da operação e a falta de vantagens claras para compensá-lo. Assim, com a incidência dessa nova redação, foi criada maior segurança jurídica tanto para devedores como credores (FONSECA, 2021).

Novas regras foram criadas, também, ao que se refere ao produtor rural, uma vez que passou a poder requerer a recuperação judicial, desde que obedecido os termos do art. 70-A da lei em estudo*:*

> Art. 70-A. O produtor rural de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (BRASIL, 2005, art. 70-A).

[1] Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

De acordo com Bayma (2021, n.p), o produtor deve comprovar que realiza a atividade rural por no "mínimo dois anos, por meio da apresentação da escrituração contábil fiscal (ECF), se pessoa jurídica, pela apresentação de livro caixa digital do produtor rural (LCDPR), ou documento similar".

Ademais esse "benefício" só é possível se o produtor rural optar pelo regime empresarial, de modo que:

> [...] a partir da inscrição adequada, o produtor rural fica "equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro" (art. 971 do Código Civil). Estando dessa forma equiparado ao empresário, passa ter irrestrito acesso ao sistema de tratamento da insolvência empresarial, de modo que está sujeito à falência e pode pedir recuperação judicial. (FONSECA, 2021, p. 69)

Ressalta-se, ainda, que além do que já foi mencionado, a lei em estudo substituiu o instituto da concordata, em ambas as modalidades, pelo instituto da recuperação judicial. Sendo assim, destaca-se que o instituto da concordata, estabelecida pelo Decreto/Lei n°.7.661/45 (revogado), objetivava regularizar a situação econômica do devedor comerciante, suspendendo, na modalidade da concordata suspensiva, ou evitando, na concordata preventiva, a falência (ALMEIDA, 1996).

Além disso, o referido dispositivo legal passou a exigir que a impontualidade injustificada fosse superior a 40 salários mínimos, mudou a ordem dos créditos e passou a prever os créditos extraconcursais, alterou as regras da ação revocatória (retomada dos bens que o falido se desfez fraudulentamente), bem como extinguiu o inquérito judicial para apuração de crime falimentar (era procedimento especial complicado) (MARCONDES, 2017).

Por fim, as principais alterações trazidas pela legislação confirmam a tese de que a preocupação do legislador está voltada para sua função social. O que torna possível a conclusão de que a função social da empresa e o princípio da preservação da mesma são considerados fundamentos jurídicos das alterações dos institutos falimentares (FERREIRA, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das dificuldades econômicas e financeiras enfrentadas pelo empresário, tornou-se necessária a elaboração de uma legislação que respondesse aos anseios sociais por uma mudança no sistema concursal. Assim, a lei nº 11.101/2005, chamada de Lei de recuperação judicial, extrajudicial e falências, foi elaborada com o intuito de vislumbrar toda a questão econômica e social existente no assunto.

Finalmente na lei extinguiu-se a ideia de que uma empresa em recuperação judicial é uma empresa falida que não cumprirá com seus deveres. Com o advento da nova lei,

tornou-se possível recuperar a empresa de uma forma mais ágil e fácil, incentivando ainda mais administradores a requerer a recuperação judicial.

É possível destacar que as flexibilizações e a facilidade de adquirir créditos e parcelar dívidas trouxe segurança para as empresas, consumidores, credores e investidores fortalecendo ainda mais a sua função social dentro da sociedade, seja por trazer adequações que se enquadram no momento atual, o que favorece a recuperação judicial das empresas, permitindo a continuação da geração de emprego e renda que é sua principal função dentro da sociedade.

Com as novas adaptações, criou-se uma segurança jurídica maior, de modo que investidores passaram a adquirir maior credibilidade, principalmente no sistema jurídico que assegura o funcionamento da empresa. Com isso, o direito concursal veio fazer cumprir o princípio da função social da empresa, conforme elencado no novo ordenamento jurídico.

Sendo assim, resulta possível a conclusão de que a função social da empresa e o princípio da preservação da mesma são considerados fundamentos jurídicos das alterações dos institutos falimentares.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador P. de. **Curso de Falência e Concordata.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAYMA, Felipe. As principais alterações apresentadas pela nova Lei de Falências. **Revista Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-02/bayma-principais-alteracoes-lei-falencias#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.112%2C%20de,a%208.929%2F1994%20(que%20institui. Acesso em: 08 de abr. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 21 abr. 2021

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do

empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 08 de abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

CARVALHO, Luiz Eduardo Vacção da Silva (org.). **COMENTÁRIOS À LEI 11.101/05: Recuperação Empresarial e Falência**. Curitiba: Oab Paraná, 2017. 368 p. Disponível em: https://www.guimaraesebordinhao.adv.br/img/artigos/00000002.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

CORDEIRO, Thais Jaques; TORRES, Philippe Vieira. **Função social da empresa: sua evolução junto aos princípios constitucionais**. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42141/funcao-social-da-empresa-sua-evolucao-junto-aos-principios-constitucionais. Acesso em: 20 ago. 2021.

DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba vol. 02, n°. 51, p. 387-412, 2018. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482. Acesso em: 20 de ago. 2021

FÉLIX, Gláucia Vieira. **O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO COMO ENTRAVE BUROCRÁTICO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. 2014. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 214. Disponível em: http://www3.mcampos.br:84/u/201503/glauciavieirafelixoprincipiodapreservacaodaempresaeaexigenciadecertidaonegativa.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

FERREIRA, Gabriela Macedo. O instituto da recuperação de empresas e sua função social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3212, 17 abr. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21530/o-instituto-da-recuperacao-de-empresas-e-sua-funcao-social#:~:text=social%20da%20empresa.-,A%20Lei%20n.,o%20est%C3%ADmulo%20%C3%A0%20atividade%20econ%C3%B4mica. Acesso em: 14 abr. 2021.

FONSECA. Geraldo. **Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência:** Comentada e Comparada, Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2021.

FRAPORTI, Simone; REIS, Zaida Cristiane dos et al. **Teoria Geral da Empresa.** Porto Alegre: Sagah Soluções Educacionais Integradas, 2018.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Recuperação judicial - plano de recuperação judicial. 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/215/edicao-1/recuperacao-judicial---plano-de-recuperacao-judicial. Acesso em: 20 abr. 2021.

LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a Recuperação Judicial de Empresas. In LUCCA, Newton de, DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARCONDES, Sergio. **Recuperação Judicial e Falência - Resumo dos principais aspectos processuais**. 2017. Disponível em: https://smarcondes2017.jusbrasil.com.br/artigos/572102774/recuperacao-judicial-e-falencia-resumo-dos-principais-aspectos-processuais. Acesso em: 20 ago. 2021

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do Direito Comercial ao Direito Empresarial. Formação histórica e tendências do Direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, 2004, n. 24. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Do+Direito+Comercial+ao+Direito+Empresarial.+Forma%C3%A7%C3%A3o+hist%C3%B3rica+e+tend%C3%AAncias+do+Direito+brasileiro+&btnG=. Acesso em: 05 abr. 2021.

PACHECO, **Filipe Denki Belem**. Os efeitos da recuperação judicial de empresas (Lei nº 11.101/05). **Jusbrasil,** Goiás, ano 2013. Disponível em: **https://filipedenki.jusbrasil.com.br/artigos/111897606/os-efeitos-da-recuperacao-judicial-de-empresas-lei-n-11101-05**. Acesso em: 21 abr. 2021.

PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araújo. Função Social da Empresa. **Âmbito Jurídico.** Brasília-DF, 2011, n. 21. Disponível em: **https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/funcao-social-da-empresa/#:~:text=O%20conceito%20de%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social,de%20forma%20espec%C3%ADfica%2C%20trazendo%20realiza%C3%A7%C3%A3o**. Acesso em: 05 abr. 2021.

QUEIROZ, Jorge. Desconfiança pode enterrar lei de recuperação. **Consultor jurídico**, ano 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-abr-02/falta-confianca-enterrar-lei-recuperacao-judicial#author. Acesso em 21 abr. 2021.

TELES, Giovanna Filomena Silveira. Função Social da Empresa. **Revista Eletrônica de Direito do Centro.** Minas Gerais, 2012. Disponível em: https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D13-03.pdf. Acesso em: 07 de abr. 2021.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA FRENTE ÀS MUDANÇAS DA LEI Nº 11.101/2005 PELA LEI Nº 14.112/2020

Eduarda Rech de Souza[1]
Alessandra Biasus[2]

RESUMO: A existência das empresas, hodiernamente, não se resume somente ao lucro gerado para seus sócios, uma vez que é dotada do princípio da função social e deve estar voltada ao bem da sociedade, buscando funcionar como engrenagem para o desenvolvimento da economia, fazendo com que haja circulação de capital e, consequentemente, geração de empregos. A fim de proteger esse ente tão importante para a sociedade, o Direito cria mecanismos, como a Lei nº 11.101/2005, alterada recentemente pela Lei nº 14.112/2020, que tem o intuito de preservar a empresa e sua função social, proporcionando, para isso, meios capazes de combater qualquer dificuldade que possa vir a ser enfrentada por ela. Desse modo, o presente estudo, busca analisar a empresa através do viés principiológico da função social, bem como os mecanismos responsáveis por sua proteção e assistência.

Palavras-chave: Empresa. Função social. Preservação. Proteção.

INTRODUÇÃO

A complexidade e a importância que as empresas apresentam, advindas da evolução da sociedade na esfera econômica, tornam necessária a existência de mecanismos aptos a atenderem às necessidades que surgem ao longo de seus caminhos. No âmbito legislativo, objetivando amparar as sociedades empresariais, foram criadas algumas leis, como, por exemplo, as Leis nº 11.101/2005 e nº 14.112/2020 – sendo que a segunda modificou determinados aspectos da primeira.

É possível auferir que ambas as leis objetivam dar suporte e proteção às empresas que passam por determinadas dificuldades, elencando como bem maior a preservação das mesmas, para que cumpram sua função social, uma vez que não são mais consideradas fontes exclusivas de geração de lucro aos seus sócios, haja vista a necessidade de atenderem às demandas sociais existentes, como geração de emprego, por exemplo.

Desse modo, o presente estudo tem o intuito de analisar a empresa e o princípio da função social, tido como elemento importantíssimo pela Lei nº 11.101/2005, bem como verificar as modificações advindas da Lei nº 14.112/2020 que, de igual forma, continuaram preservando a função social da empresa, oferecendo ainda mais suporte para que aumentem as chances de recuperação da mesma. Para tanto, o método utilizado foi o

[1]Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* dudarechsouza@hotmail.com
[2]Especialista em Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Erechim, advogada e professora da disciplina de Direito Empresarial III na URI – Câmpus de Erechim.

indutivo, mediante uma abordagem analítica descritiva com fontes documentais e bibliográficas.

DESENVOLVIMENTO

BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESA

Segundo os ensinamentos de Diniz (2018), modernamente, o direito comercial constitui uma "nova" disciplina, a qual está baseada na unificação do direito obrigacional e é identificada como direito de empresa, tendo em vista que o Código Civil de 2002, no Livro II, da Parte Especial, abandonou os princípios franceses, inspiradores do Código Comercial de 1850, e passou, sob a influência do Código Civil italiano, a adotar a teoria da empresa regulamentando normativamente a atividade empresarial. Diante disso e de acordo com Coelho (apud DINIZ, 2018), a adoção dessa teoria não traz em si a superação da bipartição do direito privado, uma vez que apenas altera o critério de delimitação do objeto do direito comercial, o qual deixa de ser o ato de comércio e passa a ser empresarialidade, permanecendo inalterada a dicotomia do direito.

Sobre a definição de empresário, conforme prescreve o artigo 966, *caput*, do atual Código Civil, é quem "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Sendo assim, segundo Diniz (2018), pode-se dizer que foi abandonada a teoria dos atos de comércio, por não abranger toda a atividade econômica, bem como foi deixado de lado o modelo francês para basear-se no modelo italiano de disciplina privada de tal atividade, e fazer com que o direito comercial assuma a veste de direito de empresa. Nesse diapasão:

> O "direito comercial" passa a ter, no Código Civil de 2002 (Livro II-Parte Especial), uma nova abordagem, sob a denominação de direito de empresa, já que, dando ênfase à empresarialidade, trata do empresário (título I), da sociedade (título II), do estabelecimento (título III) e dos institutos complementares (título IV). O novo Código Civil, como observa Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, fiel às diretrizes da política econômica, harmonizou os valores de iniciativa privada com os de certeza e segurança, prevendo normas garantidoras da estabilidade e autonomia das estruturas empresárias nos limites do bem e dos cuidados imperativos do desenvolvimento nacional (DINIZ, 2018, p. 389).

Sendo assim, a empresa é uma instituição jurídica despersonalizada, que se caracteriza pela atividade econômica organizada, ou unitariamente estruturada destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado ou à intermediação deles no circuito econômico, que põe em funcionamento o estabelecimento a que se vincula, através do empresário individual ou societário, sendo este o ente personalizado responsável por representá-la no mundo dos negócios (SOUZA apud DINIZ, 2018).

Em se tratando da atividade econômica organizada Diniz refere que:

> A atividade é a de produção (fabricação) de produtos, circulação (comercialização ou intermediação) de bens ou prestação de serviços (bancários, hospitalares, securitários etc.) e, em si mesma, é a própria empresa ou empreendimento, que não se confunde com o empresário individual ou coletivo, nem com o local em que se desenvolve ou com os bens materiais ou imateriais (estabelecimento) utilizados para o seu exercício. Poder-se-á ter, então, atividade primária (extração direta da natureza de produtos, como agricultura, pecuária, pesca, mineração), secundária (indústria ou manipulação de produtos, transformando-os em novo produto, p. ex., colheita de algodão é atividade primária e sua transformação em tecido é secundária) e terciária (prestação de serviços e comércio stricto sensu, p. ex., compra de produto para revenda). A atividade empresarial é a que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário (pessoa natural ou jurídica), no modo e nas condições de seu exercício (DINIZ, 2018, p. 390).

Ainda, pode-se considerar uma atividade econômica porque visa criar riqueza ou gerar lucro, sendo esses os objetivos da produção e da circulação de bens ou da prestação de serviços, ou constituir um instrumento para a consecução de outros fins, caso em que aquele lucro é o meio e não o fim para o qual existe a atividade econômica. Do mesmo modo, é atividade organizada por haver nela articulação de quatro fatores de produção ou de circulação de bens e serviços, quais sejam: capital (recurso financeiro), mão de obra (trabalhadores), insumos (materiais) e tecnologia (DINIZ, 2018).

Além disso, como explica Diniz:

> Requer, ainda, o atual Código Civil, art. 966, que a atividade econômica organizada seja exercida com profissionalismo ou de forma habitual, pois a prática de atos isolados não caracteriza a empresa. É preciso que haja exercício continuado da atividade empresarial. Na atividade empresarial há uma sucessão repetida de atos praticados de forma organizada, para que haja constantemente uma oferta de bens e serviços à coletividade. Profissionalidade requer: a) habitualidade ou prática continuada de uma série de atos empresariais; b) pessoalidade, ou melhor, contratação de empregados para a produção e circulação de bens e serviços em nome do empregador; e c) monopólio de informações pelo empresário sobre condições de uso, qualidade do material ou serviço, defeitos de fabricação, riscos etc (DINIZ, 2018, p. 392).

Assim, são extraídos os três fatores formadores da empresa: profissionalidade ou habitualidade no exercício de negócios que visem à produção, à circulação de bens ou à prestação de serviços; economicidade, ou seja, escopo de lucro ou de um resultado

econômico-financeiro ou social; e organização ou estrutura estável dessa atividade (DINIZ, 2018).

AS EVOLUÇÕES ECONÔMICAS E A NECESSIDADE DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO

A realidade vivida na sociedade atual, rodeada de operações com cartões de crédito, aquisição de insumos e de bens de consumo, torna difícil imaginar que a vida moderna aconteça sem atividades que envolvam negócios de crédito, os quais devem ser compreendidos como relações jurídicas cercadas por confiança para troca de valores atuais por valores futuros. Assim, pode-se dizer que o crédito é elemento essencial atualmente, e grande responsável pela evolução nas relações econômicas do dia a dia (TOMAZETTE, 2021).

Contudo, para que o crédito se desenvolva, é necessário que seja protegido. Assim, cabe ao Direito a criação de instrumentos jurídicos que tutelem a sua concessão. Entre tais instrumentos, há os destinados ao tratamento de crises econômicas e financeiras, conforme explica Tomazette (2021), sendo que a primeira ocorre quando uma atividade rende menos do que custa e a empresa trabalha no prejuízo, e a segunda quando há incapacidade de pagar as obrigações assumidas dentro do prazo.

Então, com o objetivo de solucionar as crises econômicas e financeiras quando não há a possibilidade de resolução do problema através de acordos feitos no próprio mercado, faz-se necessário buscar as vias legais: recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, como refere Tomazette (2021), mecanismos previstos na Lei nº 11.101/2005.

Atendo-se às definições, pode-se dizer que a recuperação de empresas, tanto sob a forma judicial quanto extrajudicial, diz respeito à solução para tentar manter em funcionamento as empresas que passam por dificuldades econômicas temporárias e assegurar, através dessa medida, os empregos e os interesses de terceiros como, por exemplo, credores, consumidores e o Fisco, enquanto o instituto da falência tem o intuito de desativar o empresário incapaz de exercer a atividade empresarial de forma adequada (PIMENTA, 2006).

Sendo assim, com o instituto da recuperação o devedor consegue ter acesso a um sistema mais flexível, que valoriza a seara social da atividade empresarial, primando pelo interesse comum e, consequentemente, do Estado (TEIXEIRA apud SANTOS, 2021). Ademais, de acordo com Santos (2021), pode-se dizer que a recuperação faz se tornar vantajoso ao empresário renegociar dívidas, sendo um processo menos moroso e burocrático que um pedido de falência.

O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.101/2005 COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E ESTÍMULO ÀS EMPRESAS, COM BASE NA IDEIA DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL

Antes da Lei nº 11.101/2005 entrar em vigor, havia o Decreto-lei 7.661/45 que, de acordo com Santos (2021), regulamentava relações empresariais no tocante à falência e concordatas, e disciplinava o processo de extinção da empresa quando a mesma não conseguia sustentar seus compromissos financeiros pontualmente com seus credores. Contudo, o referido Decreto não obteve o êxito desejado, não conseguindo trazer ao mundo fático soluções tão adequadas quanto se prometia em sua redação e ficou, assim, ultrapassado. Veja-se:

> Tal decreto cuidava da falência e concordata, dispondo, em seu art.1º, que era considerado falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagasse no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitimava a ação executiva. O sentido da palavra "comerciante" abarcava aqueles que praticavam os atos de comércio, não se devendo esquecer que a teoria dos atos de comércio era a adotada pelo Código Comercial de 1850. Ato de comércio equivalia à compra com a intenção de revender (no mesmo sentido do art.110-1 do Código Comercial francês), além de algumas outras atividades, como a bancária e a securitária (TEIXEIRA, apud SANTOS, 2021, p. 7).

Sendo assim, após 60 anos de vigência, o Decreto-lei 7.661/45 foi revogado, sendo promulgada a Lei nº 11.101/2005. Esta, por sua vez, trouxe uma visão moderna ao mundo empresarial, dando ênfase à empresa e não mais à pessoa do comerciante, deixando de lado o objetivo de liquidá-lo e extinguir sua atividade (TEIXEIRA apud SANTOS, 2021).

De acordo com Nardi (2019), a Lei nº 11.101/2005 buscou deixar para trás todas as incoerências existentes no Decreto-lei que a antecedeu, e harmonizar o Direito positivo com a realidade econômica das empresas, criando, para isso, regras e procedimentos que pudessem ser mais viáveis e proporcionar maior proteção aos sujeitos que estivessem passando por recuperação. Assim, ofereceu ainda mais amparo às empresas com maiores expectativas de restabelecimento no mercado e garantiu maior efetividade ao regime de recuperação dos estabelecimentos empresariais, por meio do princípio da preservação da empresa, disposto no artigo 47 da referida lei:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

É notório, pela leitura do artigo supramencionado, que a Lei nº 11.101/2005 surgiu com o objetivo de proteger credores e devedores, bem como a empresa. A justificativa para tal objetivo refere que, além da proteção ser necessária por conta do papel exercido pela empresa a nível econômico nacional, se justifica "pela geração de empregos à população

que, ao fim e ao cabo, contribui de igual forma na circulação de capital, movimentando a economia do país" (NARDI, 2019, p. 4).

Outrossim, de acordo com Santos (2021), entende-se que são taxativos os objetivos almejados com a aplicação do instituto da recuperação da empresa. A viabilização e superação da crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor se pautará na preservação da empresa, em sua função social e no estímulo à atividade econômica. Nesse sentido:

> O princípio da preservação da empresa está ligado à função social, sendo que desta forma para que ocorra a recuperação é analisado e levado em consideração diversos aspectos, riscos e consequências que a atividade empresarial carrega em seu bojo, como os trabalhadores que necessitam de seus empregos, seus consumidores que têm interesse no produto ofertado, os credores que querem seus créditos pagos, e assim sucessivamente (MAMEDE apud SANTOS, 2021, p. 20).

No mesmo sentido, como explica Diniz (2018), são fundamentos da República federativa brasileira, dentre outros, a livre-incitativa e de exercício de qualquer atividade econômica organizada, a livre concorrência; o respeito à propriedade privada e à sua exploração, observada a sua função social e os valores sociais do trabalho. Sendo assim,

> A propriedade empresarial deverá atender à função social, exigida pela Carta Magna (arts. 5º, XXII, 182, §2º, e 186); por isso o empresário exercerá sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução de desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados, p. ex, formando serviços médicos, fundos de previdência, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, creches, transporte, e, ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente, e do patrimônio histórico-cultural. É preciso compatibilizar essa sua função social, visando o bem-comum, o bem-estar e a justiça social, com a finalidade de produção de lucros (DINIZ, 2018, p. 394-395).

Diante disso, é possível afirmar que a empresa é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, uma vez que visa o lucro do empresário e da sociedade empresária que assegura a sua sobrevivência; a criação de novos empregos e a formação de mão de obra qualificada; o salário do trabalhador, permitindo sua sobrevivência e a de sua família; e os tributos, possibilitando a consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado (ALMEIDA apud DINIZ, 2018).

Diante disso, é de se dizer que o ente de iniciativa privada não existe para atender somente aos interesses de seus sócios, uma vez que movimenta todo o desenvolvimento do país, estando presente, nesse ponto, a função social mencionada no artigo 47 da Lei nº

11.101/2005, que abrange vários aspectos, como produção de bens e serviços, geração de empregos, movimentação do mercado financeiro, entre outros. Nesse sentido, Champinho afirma que:

> [...] a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o "ativo social" por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário -, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem (CHAMPINHO apud NARDI, 2019, p. 6).

Corroborando com a análise, Macedo (2012) refere que o princípio da função social impõe ao ordenamento que reconheça um direito subjetivo individual somente nos casos em que ele se coadunar com as necessidades sociais, ou seja, se ele for útil à sociedade, não se admitindo, portanto, que os interesses da coletividade sejam prejudicados por posturas individuais, bem como estimulando que condutas solitárias resultem em benefícios coletivos.

Nesse diapasão, a empresa, que também é dotada de função social e, como explica Macedo (2012), por ser a instituição de maior significado na sociedade contemporânea, não pode ser considerada somente um instrumento de satisfação de interesses particulares, e deve atentar-se às suas finalidades sociais, o que não quer dizer que a perspectiva de lucro por parte do empresário deva ser descartada, bem como que sua atuação não possa se voltar a isso, mas que esse proveito não pode mais ser tido como centro da atividade da empresa ou a única razão da sua existência.

Assim, seguindo na análise da disposição do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, pode-se concluir que se o objetivo é atingir a função social, a empresa precisa receber estímulos do Estado e ser provida de mecanismos capazes de garantir que ela seja conservada, uma vez que a preservação trazida pela lei também pode ser vista como medida que busca mitigar custos sociais, caso a empresa precise encerrar suas atividades (GIBRAIN; MARTINS; GRANJA; PINTO, 2021).

No mesmo sentido Mamede explica que o leque de interesses a serem zelados é gigantesco:

> É interesse do Estado respaldar, por meio da recuperação judicial, e por prevalência, a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e o interesse dos credores, acarretando deste modo a preservação da empresa, a função social e o estímulo à atividade econômica. Diz-se por prevalência, uma vez

> que se atenta primeiro à mantença da atividade empresarial com o intuito de conservar o emprego e o interesse dos credores (MAMEDE apud SANTOS, 2021, p. 21).

AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI Nº 14.112/2020 E A REAFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Tendo em vista a melhoria do sistema de recuperação, a Lei nº 11.101/2005, embora relativamente recente, passou por algumas modificações e aprimoramentos, através da Lei nº 14.112/2020, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2021. De modo geral, a lei sancionada recentemente moderniza o sistema jurídico de falência e recuperação empresarial, objetivando torná-lo mais transparente, proporcionar melhoria nas recuperações de crédito, e impactar positivamente a economia brasileira, como explica Bayma (2021).

Assim, dentre as várias alterações da Lei nº 11.101/2005 trazidas com a criação da Lei nº 14.112/2020, de acordo com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça (MP/PR), destacam-se as seguintes:

> - Possibilidade de acesso do devedor a novos financiamentos, mediante autorização judicial (art. 69-A a 69-F).
> - Credores poderão apresentar um novo plano de recuperação judicial, caso a proposta do devedor tenha sido rejeitada ou se esgote o prazo para votação do plano inicial (art. 56, §§ 4º e ss.).
> - Ampliação do rol exemplificativo de funções do administrador judicial – AJ (art. 22).
> - Previsão da ferramenta de constatação prévia (art. 51-A), que já era acolhida jurisprudencialmente.
> - Estímulo aos meios autocompositivos, antes ou no curso do processo judicial (arts. 20-A e ss. e art. 22, II, "e" e "g").
> - Maior destaque à recuperação extrajudicial e modificações em seu procedimento, a exemplo da inclusão de créditos trabalhistas (art. 161).
> - Possibilidade de prorrogação do stay period por mais 180 dias, desde que o devedor não tenha contribuído para o descumprimento do prazo inicial (art. 6º, § 4º). Se, ao final desse período, os credores apresentarem plano alternativo de recuperação, o stay period será restabelecido (art. 6º, § 4º-A).
> - Previsão de prazos específicos e procedimento mais célere para a falência, o que diminui o tempo necessário para que o devedor possa iniciar nova atividade empresarial (art. 75, III e art. 158, V, por exemplo).
> - Alteração da ordem de classificação dos créditos concursais (art. 83) e do rol de créditos extraconcursais (art. 84).
> - Definição de critérios objetivos para a distribuição de pedidos de recuperação judicial de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico (art. 69-G e ss.).
> - Regulamentação de processo transnacional de recuperação de empresas (art. 167-A e ss.).
> - Legitimidade do Fisco para requerer a falência de empresas em recuperação

> (art. 73, V e VI).
> - Ampliação do prazo de parcelamento dos débitos com a União, passando de sete para dez anos (art. 10-A, V, Lei 10.522/2002).
> - Possibilidade de ampliação do prazo para pagamento dos créditos trabalhistas (art. 54, § 2º).
> - Autorização para que o produtor rural requeira recuperação (art. 70-A) (BRASIL,2020).

De acordo com Reis, o relator do projeto de lei que deu ensejo à Lei nº 14.112/2020, Hugo Leal, relembrou cinco princípios que nortearam e motivaram as alterações, dentre eles o da preservação da empresa que, como analisado anteriormente, guarda relação direta com o princípio da função social e já foi amplamente discutido na edição da Lei nº 11.101/2005. Veja-se:

> Preservação da empresa: em razão de sua função social, a atividade economicamente viável deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza, cria emprego e renda e contribui para o desenvolvimento econômico. Este princípio, entretanto, não deve ser confundido com a preservação - a qualquer custo - do patrimônio do empresário ou da empresa ineficiente (REIS, 2020, p. 1).

Assim, como Pereira e Pereira (2021) explicam, de acordo com o que já foi mencionado, tendo como base o viés principiológico geral do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, pode-se auferir que as modificações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 se mostram importantes e necessárias em um momento no qual a preservação do papel social da empresa é imprescindível, frente à crise que o país enfrenta, sendo possível perceber, de acordo com Silva (2021), que o legislador buscou reverter algumas dificuldades enfrentadas na prática dos processos judiciais, com o objetivo de atender os anseios da sociedade, em meio a uma época de graves adversidades econômicas e escassez de crédito reflexos da pandemia.

As maiores chances de ingressar no processo de recuperação e ter êxito, implantadas nas modificações advindas com a Lei nº 14.112/2020 como, por exemplo, a possibilidade de acesso do devedor a novos financiamentos mediante autorização judicial, o estímulo aos meios autocompositivos antes ou no curso do processo judicial, a possibilidade de prorrogação do *stay period* por mais 180 dias, e a previsão de prazos específicos e procedimento mais célere para a falência, para diminuir o tempo necessário para que o devedor possa iniciar nova atividade empresarial, demonstram que cada vez mais, há maior preocupação em manter as empresas em funcionamento, para que aumentem cada vez mais sua performance e funcionem como engrenagem no desenvolvimento da economia e, consequentemente, da sociedade, cumprindo, assim, o princípio da função social.

Ademais, vale ressaltar que, apesar das modificações e da importância do princípio da preservação da empresa e de sua função social, é necessário e fundamental que o que for inviável seja rapidamente retirado do mercado, através do instituto da falência, dando espaço à outra empresa que consiga atender à demanda daquela falida, ou então oferecer

novos serviços de forma adequada, de acordo com o pensamento de Nardi (2019), haja vista a tentativa de preservação, em alguns casos, acabar sendo mais onerosa, tanto para o mercado e para a sociedade, como para seus credores.

Outrossim, é preciso atentar-se à utilização maliciosa dos mecanismos de recuperação previstos, uma vez que devedores, embasados pelo princípio da preservação da empresa e sua função social, podem, de má-fé, com intenções particulares de se eximir do cumprimento de obrigações, se aproveitar dos mecanismos da recuperação (NARDI, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível auferir que as empresas desempenham um papel importante no desenvolvimento das relações econômicas e sociais, e que os negócios de crédito se apresentam cada vez mais complexos e, ao mesmo tempo, comuns na sociedade, exigindo-se, assim, que haja uma ampla rede de suporte para prestar auxílio a possíveis momentos de crise.

Desse modo, tendo em vista os mecanismos de proteção instituídos pelo Direito, seus motivos de criação e métodos de aplicação, pode-se concluir que, perante o desempenho das empresas na esfera econômica e social, objetiva-se protege-las de qualquer crise que possam vir a enfrentar, tentando fazer com que sobrevivam aos problemas e consigam ser preservadas, para que sua função social seja cumprida e para que a sociedade não sinta e não sofra com os possíveis prejuízos que podem ser causados em caso de extinção desses entes.

Assim, pode-se dizer que essa ideia de preservação, que já era fortemente difundida na Lei nº 11.101/2005, foi amplificada através das alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020, que prevê ainda mais possibilidades para recuperação das empresas e preservação da sua função social, bem como estímulos por parte do Estado, que visam proteger tanto a empresa e seus sócios, quanto a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2020.

BAYMA, Felipe. **As principais alterações apresentadas pela nova Lei de Falências**. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-02/bayma-principais-alteracoes-lei-falencias. Acesso em: 14 abr. 2021.

DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. **Revista Jurídica Unicuritiba,** Curitiba, vol. 02, n. 51, p. 387-412, 2018. Disponível em: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/2815/371371482. Acesso em: 15 ago. 2021.

GIBRAN, Sandro Mansur; MARTINS, Gustavo Afonso; GRANJA, Maria Carolina; PINTO, Marco Aurélio dos Santos. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES: entre a autonomia e a heteronomia da vontade coletiva. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 01, n. 63, p. 369-388, jan/mar, 2021. Trimestral. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5198/371373165. Acesso em: 21 abr. 2021.

MACEDO, Gabriela Silva. **O instituto da recuperação de empresas e sua função social**. 2012. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-instituto-da-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-empresas-e-sua-fun%C3%A7%C3%A3o-social. Acesso em: 14 abr. 2021.

NARDI, Vitória Conte. **Princípio da preservação da empresa:** uma nova visão sobre a aplicação do princípio contido na lei nº 11.101/2005. 2019. 23 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20742. Acesso em: 28 abr. 2021.

LEI 14.112/2020: Alterações nos regimes jurídicos da falência e recuperação judicial e extrajudicial de empresas. Ministério Público do Paraná, COAP, 2021. Disponível em: https://civel.mppr.mp.br/2021/02/179/Lei-14112-2020-Alteracoes-nos-regimes-juridicos-da-falencia-e-recuperacao-judicial-e-extrajudicial-de-empresas.html. Acesso em: 14 abr. 2021.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes; PEREIRA, Maykon Dannilo Nunes. **Os 10 principais pontos de atualização da lei de recuperação judicial e falência**. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/340356/os-10-principais-pontos-de-atualizacao-da-lei-de-recuperacao-judicial. Acesso em: 21 abr. 2021.

PIMENTA, Eduardo Goulart. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: caracterização, avanços e limites. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, p. 151-166, 2006. Semestral. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219/34019. Acesso em: 14 abr. 2021.

REIS, Adacir. **A atualização da lei de recuperação de empresas e falências**. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/adacir-reis-atualizacao-lei-recuperacao-

empresas-falencias. Acesso em: 14 abr. 2021.

SANTOS, Ana Clara Trindade. **O instituto da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos sob o microempreendedor individual (MEI)**. 2021. 39 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2021. Disponível em: http://45.4.96.19/bitstream/aee/18207/1/Ana%20Clara%20Trindade%20%281%29.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

SILVA, Thiago Wanderley da. **DIP FINANCING**: do financiamento às empresas em recuperação judicial sob a égide da nova lei nº 14.112/2020. 2021. 28 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2160/2/TCC%20-%20THIAGO%20WANDERLEY.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

TELES, Giovanna Filomena Silveira. **A função social da empresa.** Disponível em: https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D13-03.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2021. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=lang_pt&id=OKwjEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT9&dq=Altera%C3%A7%C3%B5es+nos+regimes+jur%C3%ADdicos+da+fal%C3%AAncia+e+recupera%C3%A7%C3%A3o+judicial+e+extrajudicial+de+empresas+&ots=UpRle2mbHK&sig=fO1pj16QKe4keolOgulNh5GOEls#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 14 abr. 2021.

O DIREITO PENAL FALIMENTAR COMO PROTEÇÃO À ECONOMIA PÚBLICA: ASPECTOS JURÍDICO-TEÓRICOS

Alessandra Biasus[1]
Eduardo Luiz Rocha[2]
Luís Antônio Tomazelli[3]

RESUMO: O presente artigo consiste em uma análise dos crimes falimentares dispostos na Lei nº 11.101/2005, mediante a descrição de aspectos jurídicos importantes acerca de tais, para demonstrar a importância dos mesmos no contexto econômico que envolve os processos de falência e de recuperação judicial e extrajudicial, em especial diante do cenário de crise causado pela pandemia de Covid-19. Objetivou-se nesta pesquisa analisar os crimes falimentares e sua razão de ser, bem como determinar o objeto jurídico dos crimes falimentares e, por fim, demonstrar a importância da tutela penal falimentar para a proteção da economia pública. Para a pesquisa utilizou-se o método analítico descritivo com técnica bibliográfica.

Palavras-chave: Crise Econômica. Direito de Empresa. Falência. Política Penal. Recuperação judicial.

INTRODUÇÃO

Com o crescente cenário de crise que abalou o mundo com a pandemia de COVID-19, cujos efeitos ainda ressoam na economia global, se torna cada vez mais aparente a situação de fragilidade financeira de muitas empresas brasileiras, o que torna ainda mais importante proteger o sistema falimentar e recuperacional. Com efeito, a nova lei de falências, a Lei nº 11.101/2005, trouxe disposições penais, assim como a sua predecessora. Entretanto, agora mais do que nunca se evidencia a aplicação da tutela penal falimentar como mecanismo de defesa da economia pública, e não apenas do patrimônio do credor.

A relação entre o processo de falência e de recuperação judicial ou extrajudicial com a economia pública se evidencia pelos reflexos que causam regional ou até globalmente. Por isso, as condutas que atentam contra esses processos, de forma mediata, são capazes de causar danos à coletividade, extrapolando o objeto imediato da conduta.

Nesse sentido, torna-se cada vez mais necessário analisar os crimes tipificados pela lei de falências e recuperação judicial e extrajudicial, com o intuito entendê-los de forma

[1] Docente do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada (URI) – Câmpus de Erechim, nas disciplinas de Direito Empresarial e Direito Civil, E-mail: alebiasus@uricer.edu.br
[2] Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito, Universidade Regional Integrada (URI) - Câmpus de Erechim. *E-mail*: eduardo12.er73@gmail.com
[3] Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito, Universidade Regional Integrada (URI) - Câmpus de Erechim. *E-mail*: luisat890@gmail.com.

sistemática e coesa com o Direito Falimentar e Recuperacional e com o Direito Penal.

Em um primeiro momento, o presente artigo buscou analisar os crimes falimentares e sua razão de ser. Em seguida foi desenvolvido sobre o objeto jurídico dos crimes falimentares, bem como outros aspectos jurídicos importantes. Por fim, demonstrou-se a importância da tutela penal das condutas nocivas aos processos de falência e de recuperação, em diálogo com a finalidade da norma penal. Com o exposto, foi demonstrado como os crimes falimentares atuam na proteção da própria economia pública, explicitando a necessidade de melhorias no sistema penal falimentar. Para a pesquisa utilizou-se o método analítico descritivo com técnica bibliográfica.

DA FALÊNCIA

No direito romano, a execução do devedor insolvente recaia sobre sua própria pessoa, ultrapassando o seu patrimônio quando este não era suficiente para arcar com as dívidas contraídas. Dessa forma, o credor estava autorizado a manter o devedor em cárcere ou mesmo a o escravizar, como descreve Carvalho de Mendonça (1946). Ainda assim, é no cume do desenvolvimento da civilização Romana que surgem os primeiros princípios norteadores do procedimento falimentar.

Durante a Idade Média, embora o desenvolvimento dos institutos da falência pudesse ser observado em algumas cidades, especialmente na Itália, ainda era muito presente a punição física do devedor insolvente, inclusive por meios cruéis. Nos termos de Mario Fazzio Jr. (2019, p. 6):

> [...] as medidas de caráter pessoal sobrepujavam as de feição real. Por força dos usos e costumes, as sanções aplicáveis ao insolvente eram extremamente cruéis, tanto sob o aspecto físico como moral. Por isso, intentando eximir-se delas, o devedor fugia. Se é verdade que a fuga era apenas uma exteriorização do estado de isquemia patrimonial (fuga propter debita), sua corriqueira ocorrência acabou por transformá-la em pressuposto do estado de falência.

Nesse âmbito, especialmente se fosse entendido que o devedor agiu de má-fé, este estava sujeito a penas extremamente severas. Essas penas, entretanto, não representavam a transcendência da execução da dívida à pessoa do devedor, mas sim punição à própria insolvência, independentemente se o devedor era comerciante ou não, e dependiam da conduta do mesmo.

Já com a edição do Código Napoleônico (Código Civil Francês) em 1807, bem como outros desenvolvimentos legislativos na França e na Itália, a severidade das punições pessoais foi sendo abrandada, bem como ocorreu o surgimento definitivo da limitação do processo de falência aos devedores comerciantes.

No direito brasileiro, segundo Elisabete Vido (2021), o Código Comercial de 1850, inspirado no Código Francês de 1808, ainda tinha na punição do comerciante insolvente o foco principal dos dispositivos falimentares. O que só veio a mudar com a edição de Decretos-Lei, sendo o último, de 1945, o dispositivo legal que regia as falências até a legislação atual. O foco passa, então, para a proteção dos credores, garantindo a igualdade entre os mesmos. Finalmente, com a Lei nº 11.101/05, foi trazida uma nova perspectiva: a busca da preservação da empresa por meio do processo de recuperação. Nas palavras de Elisabete Vido (2021, p. 164):

> Na Lei n. 11.101/2005, além de se manter o respeito da par conditio creditorum, busca-se a preservação da empresa, por meio de sua recuperação, entendendo que a falência de uma empresa traz prejuízos não apenas ao empresário individual, Eireli ou sociedade empresária, e sim também aos empregados, credores diretos ou indiretos e toda a sociedade em geral. Portanto, a falência deve se destinar às empresas irrecuperáveis.

Assim, é de suma importância conceituar o que é a falência, para que assim, se torne clara a compreensão do impacto que esse fato gera. Assim, para Rubens Requião:

> A situação ruinosa do patrimônio do devedor, em condições de não solver suas obrigações, caracteriza a insolvência. A insolvência-importante é compreender-constitui um fato. Pertence ao domínio dos fatos econômicos no âmbito da empresa. O Direito Falimentar dele não conhece, a não ser quando, transportando-se do campo fático, ingressa no terreno jurídico. Surge, então, através do conhecimento do magistrado, de sua sentença declaratória, a falência, como um estado de direito. Esse estado de direito, ordenado e sistematizado pela lei, é o que entendemos, no conhecimento jurídico, por falência. (1998, p. 40)

Para que seja declarada a falência, a Lei nº 11.101/2005 elencou as circunstâncias necessárias, sendo estes: (i) o não pagamento, sem razão de direito relevante, no vencimento, de obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapassa o equivalente a 10 salários mínimos na data do pedido de falência; (ii) for executado por quantia líquida e não a pagar, ou depositar ou nomear à penhora bens suficientes no prazo legal; (iii) líquida de forma precipitada seus ativos ou usa meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos, simula negócio ou alienação de todo ou parte de seu ativo, ou tenta fazê-lo, para retardar pagamentos ou fraudar credores, transfere o estabelecimento a terceiro sem o consentimento de todos os credores, de modo a se reduzir insolvente, ou simula a transferência do capital, dá garantia ou reforça a mesma se reduzindo à insolvência, se ausenta sem habilitar representante com recursos suficientes para realizar o pagamento os credores, abandona o estabelecimento ou ainda tenta se ocultar de seu domicílio, sede ou estabelecimento, ou, por fim, deixa de cumprir no prazo obrigação do plano de recuperação judicial, tudo isso quando essas ações não fizerem parte do plano de recuperação judicial.

Dos Crimes Falimentares

O processo de falência, bem como o de recuperação de uma empresa, é uma situação delicada que impacta não apenas a empresa e os seus credores, mas também a própria sociedade moderna, capitalista, e a sua ordem econômica. A recuperação de um negócio que ainda possui viabilidade econômica, bem como a célere dissolução daqueles que não a possuem, propiciam a circulação do capital na economia e a saúde do sistema capitalista e, portanto, possuem interesse público. Nesse sentido, Márcio Souza Guimarães estabelece:

> O mister empreendido por cada comerciante, hoje por cada empresário, trará consequências indubitáveis à coletividade. Não se pode dizer que um empresário individual empregador de três funcionários não é responsável pelo índice de empregabilidade do país. Pelo contrário, é ele um dos principais empregadores do Brasil. Em relação à grande empresa, normalmente empreendida sob a roupagem de sociedade anônima, a comunidade estará intimamente interligada economicamente com as suas diretivas. Na hipótese de incidência do sistema de insolvência empresarial, as consequências podem ser as mais variadas, acarretando, inclusive, em abalo intenso à economia do país. (2006, p. 40)

Por isso, o legislador brasileiro optou por criar um rol de crimes específicos aos processos de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Mais do que isso, construiu um procedimento penal especial relativo aos crimes falimentares, antes disposto no próprio Código de Processo Penal, mas que agora figura na própria Lei de Falências (Lei 11.101/2005).

O termo "crime falimentar" é cunhado na vigência do Decreto-Lei 7.661/1941, cuja disposição penal impunha como condição de punibilidade a falência. Entretanto, a partir da vigência da nova Lei de Falência, as disposições penais abrangem também a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. *In verbis*: "A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei" (BRASIL, Art. 180 da Lei 11.101/2005, grifos nossos). Portanto, o termo "crime falimentar" não mais é compatível com o sentido de crimes cuja condição de punibilidade é a falência. Esclarece, entretanto, Manoel Justino Bezerra Filho o seguinte:

> [...] esse termo já está consagrado pelo uso, e sua manutenção se justifica não só por delimitar exatamente o tipo de delito sobre o qual se está falando, como também porque a Lei ora sob exame continua a ser a lei das falências, sem embargo de ser também a lei de recuperação judicial e extrajudicial. (2008, p. 385)

Pelo exposto, então, é preferível a manutenção do termo "crime falimentar" em razão

da conveniência, do costume e principalmente pela compatibilidade do mesmo tendo em vista estarem inseridos na lei que tutela as falências.

Objeto Jurídico dos Crimes Falimentares

De início, cumpre tratar sobre do que se trata o bem jurídico tutelado. Nas palavras do mestre Claus Roxin (2009, p. 17):

> [...] o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor,
> Todos esses objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos.

Utilizando-se desse entendimento, o Estado Democrático de Direito, para garantir os direitos e garantias fundamentais, bem como as instituições públicas que as garantem, utiliza da tutela penal. Nesse contexto, a economia pública engloba as políticas econômicas do Estado, bem como outros elementos econômicos. Sobre esse tema, leciona Manoel Pedro Pimentel (1973, p. 21):

> Um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que consiste precipuamente o objeto do Direito Penal Econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública, em certo sentido.

Nesse contexto, é possível dizer que o direito penal tutela também a economia pública, que é bem jurídico que engloba também o comércio em geral e a troca de moedas. E o direito penal falimentar, como conjunto de tipos que protegem, ainda que indiretamente, a economia pública, possuem esta como bem jurídico.

Na verdade, a doutrina ainda diverge amplamente sobre os bens jurídicos tutelados pelos crimes falimentares. Pelo exposto acima, partimos da ideia de que se tem ofensa à economia pública nas condutas tipificadas pela Lei de Falências, tendo em vista o impacto dos processos de falência e recuperação judicial na mesma. Entretanto, também é importante ressaltar o patrimônio como objeto imediato da tutela penal, seja do credor ou do falido. Nas palavras do Desembargador do TJ/RS Álvaro Mayrink da Costa:

> Não podemos deixar de consignar que a falência é essencialmente patrimonial. A nosso aviso, o objeto jurídico do crime falimentar é a economia pública em sentido lato e, diretamente, os interesses patrimoniais dos indivíduos traduzidos na massa creditícia. (2000, p. 150).

Além disso, é possível definir como objeto jurídico dos crimes falimentares a administração da justiça. É possível extrair esse entendimento da análise de alguns dos tipos penais falimentares, como o de indução ao erro (art. 171 da Lei nº 11.101/2005). Esse delito, inclusive, pode ser comparado ao de falso testemunho ou ao de falsa perícia, ambos dispostos no capítulo dos crimes contra a administração da justiça do Código Penal. Essa noção ainda é consonante com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2020).

Portanto, definir o objeto jurídico dos delitos dispostos na Lei 11.101/2005 implica a necessidade de analisá-los individualmente. Isso não impede, entretanto, a criação de generalidades, como o reconhecimento da economia pública como bem jurídico tutelado por todos os tipos da Lei de Falências.

Outros aspectos jurídicos dos crimes falimentares

O art. 180 da Lei 11.101/2005 estabelece que a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou homologa o plano de recuperação extrajudicial é condição objetiva para a punibilidade do agente. As condutas tipificadas podem ser praticadas antes ou depois destas, mas só serão puníveis após a referida sentença.

Atingido o requisito de punibilidade, a prescrição passa a ser computada a partir da data da sentença supracitada, pelos critérios do Código Penal. Além disso, a sentença de decretação de falência interrompe a prescrição de crimes praticados em recuperação judicial ou extrajudicial.

Sobre a possibilidade de concurso de crimes falimentares, essa é uma questão ainda controversa na doutrina e na jurisprudência. Isso porque prevalecia na legislação anterior o entendimento de que, mesmo quando praticadas mais de uma conduta típica falimentar, o agente deveria ser punido apenas pela mais grave, o que era reforçado pela existência de prazo universal de decadência próprio. O STJ, nos últimos anos tem aplicado a teoria da unicidade, por exemplo. Entretanto, isso não é unânime. No entendimento de Marlon Tomazette:

> A nosso ver, nada justifica a existência desse princípio. Em primeiro lugar, não se cogita mais da ideia da falência como crime, havendo a punição de crimes para a recuperação de empresas também. Em segundo lugar, não há qualquer dispositivo na legislação, do qual se possa inferir a inexistência de concurso entre crimes falimentares. Em terceiro lugar, não há mais um prazo prescricional unificado, o que reforça essa ideia da ausência de

> unidade. Por fim, não há qualquer motivo que justifique um privilégio para o agente que cometeu esses crimes. Ele deverá ser punido por todas as suas condutas e não apenas por uma delas. (2017, p. 728)

Sobre a ação penal dos crimes falimentares, essa é de natureza pública incondicionada (art. 184 da Lei de Falências), de competência do Ministério Público. Entretanto, no parágrafo único do referido artigo, há a previsão legal da possibilidade de ingresso de ação penal privada subsidiária, seja por credor ou por administrador judicial, com prazo de 6 meses para fazê-lo. O Ministério Público pode, antes de propor a ação penal, esperar a apresentação de exposição circunstanciada pelo administrador judicial. Isso remonta ao tema exposto anteriormente, quanto ao princípio da unicidade, tendo em vista a possibilidade de diversos momentos investigatórios. Da leitura da lei 11.101/2005 se verifica que não há qualquer impedimento ao Ministério Público oferecer mais de uma denúncia em momentos diferentes ou instaurar inquérito policial, conforme tiver notícia da prática de um crime falimentar, tendo em vista que o juiz da falência, da recuperação judicial ou extrajudicial deverá cientificar o MP da prática de qualquer delito no curso do processo, independentemente da fase em que se encontra.

O rito processual penal adotado explicitamente no artigo 185 da Lei 11.101/2005 foi o sumário, disposto nos artigos 531 a 540 do Código de Processo Penal, em conjunto com as peculiaridades da Lei de Falências. Porém, embora haja explicitude legislativa nesse sentido, é possível questionar o rito cabível em face de alguns aspectos dos crimes falimentares.

Tendo em vista, que o crime de omissão dos documentos contábeis obrigatórios possui pena máxima de 2 anos (crime de menor potencial ofensivo), pode-se entender que deve ser observado o procedimento sumaríssimo e a competência do Juizado Especial Criminal. Não seria novidade o rito sumaríssimo prevalecer sobre outro rito expressamente previsto em lei, como o rito especial dos crimes praticados por servidores públicos contra a administração pública em geral. Por outro lado, os demais tipos falimentares possuem penas máximas incompatíveis com a pena máxima do rito sumário. Portanto, tendo em vista o quantum da pena desses crimes falimentares e a sua complexidade, não se pode descartar o uso do rito ordinário, a fim de uma melhor prestação jurisdicional.

A condenação pelos crimes positivados na Lei 11.101/2005, de acordo com o artigo 181 da mesma, pode produzir os efeitos de tornar o condenado inabilitado para o exercício de atividade empresarial, impedido para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à lei de falências e impossibilitado de gerir empresa por mandado ou por gestão de negócio, removendo esse indivíduo do mercado empresarial. Esses efeitos devem ser expressos na sentença e devidamente justificados. Isso pode ser compreendido como mais uma forma de proteger a economia pública, impedindo que esses indivíduos atuem no mercado e voltem a praticar condutas lesivas. Entretanto, a efetividade desse dispositivo não pode ser tida como absoluta. Mesmo com as providências que devem ser tomadas pelo Registro Público de Empresas para impedir sua inscrição em novo registro (art. 181, § 2º da Lei 11.101/2005), não é difícil imaginar formas em que o condenado possa continuar atuando de fato.

O PAPEL DOS TIPOS PENAIS DA LEI DE FALÊNCIAS NA PROTEÇÃO DA ECONOMIA

Sem dúvida o momento de crise que ainda produz efeitos na economia global, tanto como reflexo da pandemia de COVID-19, quanto por outros fatores, acaba piorando a situação financeira de diversas empresas brasileiras. Isso reflete, por exemplo, no aumento do número de empresas em falências em junho de 2020, constatado em estudo levantado por Boa Vista SCPC (PEDIDOS, 2020) e indica a piora em outros índices da sociedade brasileira, como resultado dessa condição econômica. Ainda em 2018, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul se preocupava com os impactos do processo de falência da Ecovix, dona dos estaleiros de Rio Grande, na economia do estado (COMUNELLO, 2018).

O processo de falência e recuperação judicial, nesse contexto, se torna extremamente importante. Apesar de ser uma ferramenta cuja eficiência máxima ainda não foi atingida no ordenamento brasileiro, especialmente pela falta de conhecimento dos empresários quanto à sua aplicação e ao estigma gerado, principalmente pela recuperação judicial/extrajudicial, frente os clientes e fornecedores, ela é muito importante na possibilidade na dinâmica macro e microeconômicas capitalistas.

Diante disso, vale dizer que a crise localizada, em face de uma economia cada vez mais globalizada, interligada, pode repercutir em uma escala muito maior, como ensina David Harvey:

> Crises geograficamente localizadas têm sido endêmicas na história do capitalismo. Esgota-se o minério, a mina fecha e uma cidade fantasma é deixada para trás. A fábrica local vai à falência por alguma razão e quase todos ficam desempregados. Tais crises localizadas podem desencadear uma espiral fora de controle e criar crises globais da ordem geográfica e econômica? Sim, podem. É exatamente o que aconteceu quando uma série de crises imobiliárias altamente localizadas em 2006, especialmente na Flórida e no Sudoeste dos EUA, tornou-se global de 2007 a 2009. Para aqueles que continuam a viver em locais desvalorizados, os custos sociais são muitas vezes incalculáveis e a miséria é extrema. (2011, p. 136)

Importante referir que a lei de falência e recuperação judicial aponta quatro (04) espécies de crimes falimentares, a saber:

- Crimes próprios;
- Crimes impróprios;
- Crimes pré-falimentares, os quais podem ocorrer também nas recuperações judiciais e extrajudiciais homologadas judicialmente; e
- Crimes pós-falimentares.

Necessário que se faça um breve apontamento quanto a conceituação dos referidos

crimes. São considerados crimes próprios aqueles cometidos pelo próprio falido; impróprios aqueles praticados por outras pessoas que não o falido, e que atuam diretamente no processo falimentar, como por exemplo, membro do Ministério Público, Juiz, administrador judicial, entre outros. Já, crimes pré-falimentares, como o nome sugere, são os crimes praticados antes da decretação de quebra ou antes do deferimento do processamento da recuperação judicial ou extrajudicial. E, por fim, os crimes pós-falimentares são aqueles praticados após a decretação da falência ou da concessão da recuperação.

Conforme refere Nucci, de acordo com a Lei 11.101/2005, o crime falimentar é classificado como de ação pública incondicionada, dando ao Ministério Público a nomeação de titular do direito de agir. (NUCCI, 2007, p. 644)

Mas, importante referir que é possível que os crimes falimentares se apresentem através de ação privada subsidiária da pública, desde que esteja dentro do prazo decadencial de seis meses, a contar da inércia do Ministério Público. (COELHO, 2010, p. 466)

Feita a denúncia, na ação pública incondicionada, o procedimento a ser seguido é o sumário, independentemente da quantidade de pena atribuída para a infração, pois, esse rito era aplicado para todos os delitos apenados com pena de detenção. (OLIVEIRA, 2007, p. 633)

No que concerne a ação penal subsidiária da pública, conforme já mencionado, em caso de inércia do Ministério Público e desde que dentro do prazo decadencial de seis meses, poderá o administrador judicial ou o credor, apresentar em cartório, petição que contenha os elementos ponderáveis da constituição de crime falimentar, indicando os responsáveis pelos crimes. (NUCCI, 2007, p. 644)

Tem competência para processar e julgar os crimes falimentar o juízo criminal do local onde foi decretada a falência ou concedida a recuperação judicial, neste sentido refere o art. 183 da Lei 11,101/05:

> Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência ou concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei (BRASIL, 2005).

E é nesse âmbito que prevalece a importância da tipificação de condutas que afetem os processos de falência e recuperação. Este último é um momento conturbado na vida de uma empresa, no qual pouquíssimas conseguem voltar a atuar normalmente. Um estudo realizado pelo Observatório de Insolvência da PUC-SP demonstrou que no estado de São Paulo, quase 60% das companhias que optaram pelo processo judicial não conseguiram sair depois dos dois anos de monitoramento fixado por lei, a partir de pedidos feitos entre 2010 e 2018 —período de grande inflexão da economia (RENÉE, 2019).

Diante desse baixo índice de recuperação das empresas da falência, se faz necessário

o emprego do Direito Penal para inibir danos à ordem econômica por meio dos crimes falimentares, bem como a participação ativa do Ministério Público nos processos de falência e recuperação judicial ou extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o processo da globalização dos fluxos de circulação do capital, as economias se tornaram cada vez mais interligadas, fato que traz grandes benefícios, e, na mesma carga, traz certas desvantagens. Em caráter regional, isso conduziu a um sistema que, enquanto em muitas vezes absorve de forma mais eficiente as crises regionais, como a falência de empresas de pequeno e médio porte, diminuindo o impacto, outras vezes acaba desencadeando crises ainda maiores que afetam a economia pública nacional ou mesmo global. Os processos tutelados na Lei 11.101/2005, nesse contexto, têm impacto na sociedade inteira.

Diante de como a economia é impactada pela falência e pela recuperação das empresas em crise, os crimes falimentares são uma ferramenta importante na proteção da própria economia pública, que depende da dinâmica do fluxo do capital para sobreviver. Se uma empresa não consegue pagar seus credores, manter seus empregados, ocupar o mercado em que atua, etc., os efeitos na estrutura capitalista podem ser extremamente danosos. Se isso é agravado pela conduta ilícita de uma pessoa, portanto, o Estado deve usar do Direito Penal para garantir o equilíbrio da ordem econômica, além do interesse dos credores. Para tanto, entretanto, é indispensável que seja definido um sistema investigatório mais eficiente e coeso, bem como integrar ainda mais a participação do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação judicial ou extrajudicial.

No momento, o sistema penal falimentar é lacunoso e ainda não dialoga com o restante do sistema penal e processual penal do ordenamento brasileiro, em especial com a lei dos juizados e a reforma do Código de Processo Penal de 2008. Portanto, se torna mister repensar os crimes falimentares de uma maneira sistemática, frente às mudanças legislativas recentes.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências:** comentada. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 7 ed.

rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 466.

COMUNELLO, Patrícia. Governo do Rio Grande do Sul quer 'sensibilizar' TJ para recuperar polo naval. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre, 25 de abr. de 2018. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2018/04/economia/623860-governo-do - rio-grande-do-sul-quer-sensibilizar-tj-para-recuperar-polo-naval.html. Acesso em: 27 de abr. de 2021.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime Falimentar. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 12, p. 143-183, 2000.

FAZZIO JR., Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GUIMARÃES, Márcio Souza. O Ministério Público no Novo Sistema de Insolvência Empresarial. A Habilitação e a Impugnação de Créditos. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas:** Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 45 -56.

HARVEY, David. **O Enigma do Capital:** e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de execução penal e processo penal.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 644.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas:** Volume 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 6 ed. rev. atual. e ampl.Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 633.

PEDIDOS de falência sobem 28,9% em junho. **Boa Vista SCPC**, Barueri, 08 de jul. de 2020. Disponível em: https://www.boavistaservicos.com.br/noticias/pedidos-de-falencia-sobem-289-em-jun ho/. Acesso em: 27 abr. 2021.

PEREIRA, Renée. Em SP, quase 60% das empresas em recuperação judicial viram 'zumbis'. **UOL Economia**. São Paulo, 15 de set. de 2019. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/09/15/em-sp-quase-60-das-empresas-em-recuperacao-judicial-viram-zumbis.htm. Acesso em 24 ago. 2021.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, 17ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

A (IN) APLICABILIDADE DOS CONTRATOS INTELIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alessandra Biasus[1]
Eliane Horszczaruk [2]

RESUMO: O propósito da pesquisa é averiguar se há ou não possibilidade de incidência dos contratos inteligentes no ordenamento jurídico brasileiro. A ideia é também construir um estudo que contribua com o esclarecimento dessa espécie de contrato, expondo a evolução da tecnológica na era contemporânea e, a importância dos contratos à relação humana. Os contratos inteligentes, conhecidos como *smart contracts*, são uma junção da tecnologia computacional e dos princípios contratuais, ou seja, por intermédio do sistema *blockchain* busca-se um negócio jurídico unilateral ou bilateral, entendido como inviolável, imperativo, oferecendo confiança, transparência e concordância nas informações trocadas entre as partes, contudo, sem a possibilidade de correções contratuais, em razão de serem criptografados. Ainda, se aborda suas principais características, searas de inserção e o modo de sua elaboração, uma vez que se trata de um contrato existente tão somente no mundo digital. Por fim, se versa sobre as vantagens e desvantagens que o mesmo proporcionará à população brasileira. Emprega-se, como metodologia, a revisão da literatura, tendo sido examinados obras e artigos científicos nacionais e estrangeiros relacionados ao tema, tomando como aporte teórico a discussão social no campo do direito civil e empresarial.

Palavras-chave: *Blockchain*. Contrato. Contrato inteligente. Tecnologia. Vantagens e desvantagens.

INTRODUÇÃO

O estudo propõe-se a estabelecer uma reflexão crítica a propósito da incidência dos contratos inteligentes no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, os *smart contracts* são negócios jurídicos, vistos como invioláveis, atípicos no território brasileiro, imperativos, pactuados entre as partes de modo verbal ou escrito e convertidos em algoritmos, ou seja, estes contratos se tornam uma espécie de sistema computacional, lidos por uma sequência de códigos criptografados e armazenados na *blockchain*, que se auto executam conforme informações descentralizadas contidas ou adicionadas na plataforma.

O objetivo da pesquisa é verificar se esta tecnologia contratual exacerbada terá aplicabilidade ou não na realidade do comércio brasileiro e se haverá equilíbrio negocial entre as partes contratantes, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio identifica o consumidor como um agente vulnerável da contratação. Justifica-se a abordagem da temática, porque é crescente a utilização da tecnologia para dirimir as relações mercantis,

[1] Docente no Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. Especialista em Administração e Direito na Gestão Pública. *E-mail*: alebiasus@uricer.edu.br

[2] Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail*: eli-hors@hotmail.com

bem como se mostra considerável o número de processos que tramitam no judiciário para revisional de contratos. Além disso, a população brasileira se abstém de conhecimento informático, dificultando a compreensão das cláusulas e condições impostas pelos contratos inteligentes.

Para garantir o objetivo proposto, parte-se do retrospecto da tecnologia na era contemporânea, a qual introduziu computadores e *softwares*, permitindo ao mercado industrial maior conexão global e produção em massa. Na sequência, pontua-se a importância dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro e seus princípios, além de mencionar brevemente quais são os contratos tipificados e os requisitos para os não previstos legalmente.

O intuito é construir um estudo que contribua para o esclarecimento dessa espécie de contrato digital, referindo sua origem americana, conceituação, funcionalidade, características essenciais e principais searas de aplicabilidade. Como se não bastasse, procurou-se explicar o sistema de *blockchain* utilizado nas *criptomoedas* desde 2009 e, que agora é empregado para a imutabilidade dos contratos inteligentes, uma vez que descentraliza as informações, criando nós que impossibilitam a modificação das cláusulas contratuais sem a concordância das partes.

Por fim, mas não menos relevante, se examina as vantagens e desvantagens que esta espécie contratual poderá ocasionar aos consumeristas brasileiros, ponderando sua autonomia, transparência, privacidade, agilidade, autenticidade, segurança, imposição, auto execução e economia na negociação. Em contrapartida se analisa a escolaridade dos brasileiros, motivo pelo qual, faz com que todas essas qualidades se tornem empecilhos para a efetivação das contratações, em virtude que esses contratos são suscetíveis a erros humanos.

Utiliza-se, como metodologia, a revisão da literatura, tendo sido examinados obras e artigos científicos nacionais e estrangeiros relacionados ao tema, tomando como aporte teórico a discussão social no campo do direito civil e empresarial. Complementa-se o estudo com saberes científicos com base na informática.

A INTRODUÇÃO DA TECNOLOGIA NO COMÉRCIO

Neste início de capítulo, far-se-á uma pequena introdução da inserção da tecnologia na história humanista contemporânea, a qual influenciou drasticamente na evolução do direito, englobando, inclusive, os contratos. Sem mais delongas, um dos marcos transformadores da econômica, tecnologia, política e das relações sociais do mundo se concretizou no século XVIII, com a Revolução Industrial (BARBOSA, 2020).

A partir da consolidação do capitalismo, houve a redução do processo manual, lento e familiar, para a implementação de um sistema automatizado, com máquinas eficientes que realizavam o trabalho de inúmeros grupos familiares em tempo e modo hábil, propiciando produção em alta escala e, resultando em maior lucratividade para os empreendedores. Não

sendo diferente, essa tecnológica repercutiu diretamente no direito comercial da época, uma vez que ocorreu a ampliação das atividades comerciais, exigindo que pessoas desconhecidas se relacionassem para alcançarem o seu sustento (BARBOSA, 2020).

No que tange o desenvolvimento industrial e tecnológico, o estudioso Barbosa (2020) expõe:

> Com o aceleramento tecnológico do desenvolvimento, abrangido pela produção industrial, manifestou-se as convergências em primeiro contesto do aumento nunca visto da quantidade de rede de comunicações sociais, transportes terrestres, fluviais, marítimos e aéreos, comunicação telegráficas e até em tempo real, chegando à internet, e antes passando pelo rádio, telefone e televisão (BARBOSA, 2020, p. 21).

Além do mais, os estudos do século XX originaram a primeira geração de computadores, que corresponde à criação da máquina mil vezes mais rápida das já existentes, desenvolvida pelos cientistas norte-americanos John Ecker e John Mauchly (BARBOSA, 2020). Por fim, em 1970 iniciou-se a quarta e última geração de computadores, conhecida pelo advento dos microprocessadores e computadores pessoais, que se inseriram no mercado em razão da diminuição dos seus valores e do tamanho (BARBOSA, 2020).

Outrossim, em 1975 a empresa *Apple* desenvolveu o computador *Altair 8800*, o qual se destacou por caber em uma mesa e desempenhar as funções com rapidez, sendo esses os motivos que desencadearam o interesse do programador Bil Gates, contudo haviam problemas a serem sanados para torna-lo mais atrativo ao público (BARBOSA, 2020).

Na década de 80, o programador Gates saiu da *Apple* e fundou a gigante *Microsoft* que posteriormente desenvolveu processadores da *Intel* acompanhados com versões da *Windows*, ou seja, a humanidade ganhou uma evoluída tecnologia em um curto período de tempo e uma vasta concorrência entre essas grandiosas empresas de *software*, possibilitando a acessibilidade desses produtos às classes sociais humildes (BARBOSA, 2020).

Nesse contexto, construiu-se uma sociedade em massa com a invenção das relações impessoais, deixando em segundo plano o comércio familiar e almejando uma conexão global. Contudo, a tecnologia desenfreada causou e causa problemas sociais e ambientais gravosos, aliás, muitos deles sem resolução até o presente momento. São estes contrapontos que devem ser analisados quando se enfrenta uma tecnologia complexa e inovadora, como os contratos inteligentes (BARBOSA, 2020).

OS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em segundo momento, busca-se compreender a importância dos contratos na atualidade, visto que os contratos inteligentes são uma junção da tecnológica computacional e dos princípios contratuais. A ideia de contratos aplica-se em todas as ramificações do

direito, alcançando os mais diversos negócios jurídicos que nascem do concurso de vontades, insignificando qual seja sua modalidade ou eficácia. Os negócios jurídicos bilaterais se apresentam em todas as partes do direito civil e por ele são regidos (GOMES, 2019).

Inicialmente, salienta-se que a origem etimológica da palavra contrato vem do verbo *contrahere*, que guarda relação com ajuste, pacto ou convenção entre dois ou mais indivíduos (MIRANDA, 2008). O contrato é inerente à própria sociedade humana, pois é uma necessidade oriunda do relacionamento social desde o início da civilização (LOPES, 2016).

De acordo com o estudioso Rizzardo, os contratos são a necessidade da convergência de duas ou mais vontades que almejam um mesmo fim, ou seja, há um acordo simultâneo, uma reunião de vontades para se alcançar determinado efeito jurídico (RIZZARDO, 2021).

Ainda, Pothier definiu os contratos como "uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam em relação a um ou a vários outros a dar, a fazer, ou a não fazer alguma coisa" (POTHIER apud GOMES, 2019, não paginado).

Há ainda que se dizer, que o conteúdo de um contrato deve expressar a vontade das partes e ser eivado de licitude, respeitando os bons costumes, a boa-fé e a sua função social e econômica. É nesse sentido que os princípios e diretrizes jurídicas norteiam os contratos. Ressalva-se que a liberdade das partes para contratar precisa estar em conformidade com seus interesses. Contudo, essa liberdade é relativa, uma vez que pode ser limitada pela supremacia da ordem pública, frente aos interesses públicos e os padrões morais e éticos, bem como garantir a obrigatoriedade dos contratos (MIRANDA, 2008).

Os principais contratos típicos do ordenamento brasileiro são:

> a compra e venda, a troca, a doação, a promessa de venda, a locação, a prestação de serviços, a empreitada, o transporte, o empréstimo, o depósito, o mandato, a comissão, a agência, a distribuição, a corretagem, a representação dramática, a constituição de renda, o seguro, a fiança, a transação, os contratos bancários e os de incorporação imobiliária (GOMES, 2019, n/p).

Não o suficiente, novas figuras contratuais veem se introduzindo no mundo da comercialização, muitas tipificadas em legislação especial, outras ainda sem previsão legislativa (GOMES, 2019).

Quando o assunto é contratos, se faz imprescindível mencionar o Código de Defesa do Consumidor, Lei n° 8.078/90, que incorpora aos negócios jurídicos os princípios da boa-fé objetiva e da tutela de hipossuficiência, visando a proteção nos contratos e relações de consumo (SCHIMITT; BARBOSA; 2010). Sabe-se que o CDC considera o consumidor como parte vulnerável da negociação, até porque é evidente que persiste um desequilíbrio entre ele e o fornecedor sobre os direitos e deveres contratuais (SCHIMITT; BARBOSA; 2010). O art. 2°, do CDC, confere que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou

utiliza produto ou serviço como destinatário final, outrossim se equipara ao consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, desde que haja intervenção nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Por fim, cabe dizer que são poucos os países que possuem legislação para os contratos inteligentes, dentre eles, nos Estados Unidos da América, o estado de Arizona (HUILLET, 2018). Diante disso, conclui-se que no Brasil esta espécie de contrato é identificada como atípica. Nesse sentido:

> [...] são classificados como contratos atípicos, por não ter sua forma expressa em lei, uma vez que de acordo com o Art. 425 do Código Civil Brasileiro, é lícito as partes realizar tais formas contratuais desde que observadas as normas gerais de direito, como segue: "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código". (BUENO, 2020, p. 33)

Dessa forma, os contratos inteligentes poderão ser elaborados no território brasileiro, contanto que o conteúdo esteja em conformidade com a legislação pátria e observando os princípios que regem as contratações. Entretanto, há de se destacar que esses negócios jurídicos apresentam muitas características peculiares, como retirar das partes a possibilidade de flexibilizar a negociação em virtude de sua auto executabilidade (BUENO, 2020).

ORIGEM E CONCEITUAÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES

Após a abordagem da evolução tecnológica e da importância dos contratos. Cabe demonstramos, outra forma de contrato que vem ganhando espaço nos cenários modernos do mercado econômico, tais quais os contratos inteligentes. Sendo assim, o conceito de contratos inteligentes ou *Smart Contracts* foi fundado pelo advogado e criptógrafo, *Nick Szabo*, no ano de 1996, quando publicou o artigo *"Smart 6 Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets"*. O Americano buscava desenvolver um contrato que permitisse maior segurança às partes na contratação, por intermédio da eliminação dos campos interpretativos que dão margens a entendimentos ambíguos e causam a interferência de terceiros, ou seja, o intuito era cessar a incidência do poder judiciário na solução das lides (CARVALHO; ÁVILA, 2019).

Para *Szabo* alcançar esse objetivo dedicou-se a um plano contratual capaz de formar, executar e cumprir o pacto de modo autônomo e automático, sem a atuação de um terceiro, primando pelos princípios da livre iniciativa privada e do aforismo *pacta sun servanda*. Diante disso, as funções são cumpridas eletronicamente, pois essa espécie contratual se desenvolve por algoritmos e operações matemáticas (DIVINO, 2018). O ponto de partida dos contratos inteligentes se deu observando o sistema de *vending machines*, ou melhor, analisando as máquinas de venda automática, aquelas que liberam o produto após reconhecer o dinheiro, independentemente de quem seja o comprador e inexistindo a

intervenção de terceiros (DIVINO, 2018).

Szabo explicita e/ou compara os contratos inteligentes com as máquinas de refrigerante, uma vez que o consumidor seleciona a tecla Coca-Cola e insere o valor correspondente a esse produto, automaticamente a posse do refrigerante será transferida a ele (HOINASKI, 2019). Pontuado isso, salienta-se que os contratos inteligentes foram teoricamente planejados por *Szabo*, contudo se tornaram realidade somente em 2009 com o desenvolvimento da moeda virtual *bitcoin*, ou melhor com a plataforma *blockchain* (SALMAN, 2021).

No que tange a tecnologia de *blockchain*, o banco Mundial, editou em janeiro de 2019, um breve conceito:

> *Blockchain* é um livro de banco de dados que funciona como uma rede distribuída. É frequentemente referido como um livro-razão distribuído que pode registrar blocos de dados criptograficamente seguros e à prova de violação com membros de uma rede. Esta estrutura única oferece cooperação quase sem atrito entre essas entidades, permitindo-lhes transferir valor ou informação sem necessidade de uma autoridade central ou intermediário. Ele tem o potencial de gerar ganhos de produtividade para múltiplas indústrias, do setor de serviços financeiros aos mercados de energia, cadeias de abastecimento, propriedade intelectual gestão, o setor público e muito mais (INTERNACIONAL FINANCE CORPORACION, 2019)

Nesse sentido, os estudiosos Oliveira e Freitas (2020), também, explicam como o *blockchain* funciona:

> O *Blockchain* pode ser explicado como sendo um sistema de registro de informações em um *ledger* (livro-razão) composto por uma rede *peer-to-peer* (P2P ou ponto a ponto) e um banco de dados distribuído e descentralizado. Redes P2P são grupos em que todos compartilham informações/dados e podem assumir diferentes funções. Toda informação lançada em um sistema que utiliza a tecnologia *Blockchain* é difundida entre todos os nodes (nós/mineradores) da rede de forma criptografada. Os blocos de dados formam uma cadeia (por isso, "*Blockchain*"). Cada modificação ou nova informação inserida é registrada em um bloco. Esse histórico de informação cria um *ledger* (livro-razão). Os blocos são formados por *hashes* (autenticações das operações), que funcionam como *links* com os blocos anteriores. A *hash* é formada com uma chave criptografada, o que confere ao sistema segurança quanto à informação registrada (OLIVEIRA; FREITAS, 2020, p. 288)

Realmente o *blockchain* é uma inovação radical, semelhante as tecnológicas como a máquina a vapor e a internet, uma vez que dispõe de um poder significativo para romper os modelos econômicos e industriais já existentes. Além disso, tem capacidade de descentralizar as informações, disponibilizando melhor transparência e aumento de

auditabilidade, provocando redução significativa nos custos de transação, introduzindo eficiência nas cadeias de valor existentes, desafiando modelos de receita e abrindo novos mercados virtuais (INTERNACIONAL FINANCE CORPORACION, 2019).

Contudo, essa tecnologia não se limita apenas às transações com *criptomoedas*, são diversos os campos de aplicação, inclusive muitos deles estão sendo explorados por acadêmicos, negociantes, banqueiros, médicos e autoridades governamentais. Temos como exemplo a criação do consórcio público-privado denominado ID2020, integrado por governos (EUA, Reino Unido, Japão, União Europeia), empresas governamentais, que almejam a formação de uma rede de identidade digital, como parte de um projeto incentivado pelas Nações Unidas com intuito de conferir a identidade legal de 1,1 bilhão de pessoas ao redor do mundo sem qualquer documento oficial (GHIRARDI, 2020).

Voltando ao assunto cerne do nosso trabalho, o mestre Savelyev (2017), define os Contratos inteligentes (*Smart Contracts*) como:

> [...] um pedaço de código armazenado em um *Blockchain*, acionado a partir de transações no próprio *Blockchain*, que lê e grava dados no banco de dados. Não o bastante, só será executado se as condições forem validadas por todos os nós da rede, tendo como premissa sua execução assegurada a partir do mecanismo imposto pelo protocolo de consenso (SAVELYEV, 2017, n.p.).

Também, contratos inteligentes são negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, entendidos como invioláveis, imperativos, pactuados entre a partes de modo verbal ou escrito e convertidos em algoritmos, com execução automática assim que se findar o termo, ou seja, os *Smart Contracts* possuem natureza condicional, eis que são satisfeitos prioritariamente com condições "se", podendo corresponder aos mais diversos resultados (CARVALHO; ÁVILA, 2018).

Ademais, os contratos inteligentes procuram por meio do *blockchain* incorporar cláusulas contratuais a um protocolo computadorizado, almejando uma estruturação eficiente e auto executável, capaz de desestimular o descumprimento contratual e reduzir os custos de transação nas relações formais. Quanto a implementação automatizada de obrigações será sem nenhum suporte contratual legal subjacente (OLIVEIRA, 2019).

Ainda, quando se fala de contratos inteligentes, se faz imprescindível mencionar a *Ethereum* que é a segunda maior plataforma de códigos aberta do mercado, e a primeira apta a executar a tecnologia dos contratos inteligentes, fazendo com que as aplicações sejam descentralizadas, diminuindo a probabilidade de *hackers* e intervenções de terceiros (FREIRE, 2017).

Frisa-se que os *Smart Contracts*, assim que criados se tornam inalteráveis, oferecendo confiança e concordância nas informações trocadas entre as partes, contudo, sem a possibilidade de correções contratuais, em razão de serem criptografados (FREIRE, 2017). Outro atrativo dos contratos inteligentes é que os seus próprios usuários podem configurar a quantia de uso de um serviço, bem como fracionar o pagamento conforme a utilização do mesmo (NUNES, 2021). Por fim, sublinha-se que a plataforma *Bitcoin* também já possui

alguns contratos inteligentes que se executam instantaneamente para a realização de transferências de moedas virtuais (SALMAN, 2021).

CARACTERÍSTICAS E FUNCIONALIDADES DOS CONTRATOS INTELIGENTES

Os contratos inteligentes possuem suas próprias características, tais como a autenticação, autorização e contabilidade, não divergindo dos demais contratos existentes. Seguindo os ensinamentos de Savelyev (2017), há seis características primordiais que norteiam essa espécie de contrato: natureza eletrônica exclusiva; *software* para implementação; maior certeza; natureza condicional; autoaplicabilidade, e; autossuficiência. Diante disso, far-se-á um breve relato delas:

A natureza eletronicamente exclusiva é seu diferencial, ou seja, sua única maneira de existir e ser executado é por vias eletrônicas. Outrossim, a execução dos termos contratuais é vinculada a determinados eventos ou dados eletrônicos possibilitando a autoaplicabilidade. Evidente, que para esses procedimentos acontecerem há exigência do uso da assinatura digital baseada em tecnologia criptográfica (ALECRIM, 2019).

O *software*, também é essencial para a implementação dos *Smart Contracts*, uma vez que o código de computadores funciona como um termo contratual, em outras palavras, pode-se dizer que cada contrato inteligente, por sua natureza jurídica, também é um programa eletrônico, que segue as diretrizes da lei de propriedade intelectual, com o uso exacerbado da linguagem formal (ALECRIM, 2019).

Em conformidade com Savelyev (2017) é imputado aos contratos inteligentes a autoaplicabilidade, diante disso, após a conclusão do contrato, a sua execução independerá da vontade das partes, nem requer quaisquer aprovações adicionais ou ações dos envolvidos. Circunstância que gera debates, pois as vidas das partes contratantes não são totalmente previsíveis como as do contrato inteligente. Por fim, a autossuficiência está intrinsecamente ligada a autoaplicabilidade, desse modo os contratos inteligentes independem de instituições legais para existirem, a própria rede *Blockchain* garante que o estabelecido previamente seja cumprido. Vale pontuar que por se tratar da mesma plataforma (*blockchain*) os regramentos são iguais a todos, independentemente do país, não havendo influência de idiomas ou legislações nacionais (ALECRIM, 2019).

No que se refere a funcionalidade dos contratos inteligentes, se parte do entendimento dos ingleses Diallo et al. (2018) que destacam que o mesmo possui um ciclo de vida, em síntese esse decurso se divide em quatro etapas, sendo elas:

> 1) Criação. Os usuários envolvidos no contrato trabalham juntos para construir um contrato inteligente e usar assinaturas digitais para garantir sua autenticidade. O contrato inteligente é então submetido ao sistema.
> 2) Aceitação. Os usuários que receberam o contrato inteligente primeiro verificam sua validade e, em seguida, fazem a mineração para incluí-la em um novo bloco. O novo bloco é então transmitido para a cadeia de blocos.

> 3) Execução. Os usuários no sistema que aceitaram o novo bloco contendo o contrato inteligente será executado localmente de acordo com suas instruções, e obtêm o resultado. Os usuários, então, fazem mineração para construir um novo bloco para que segure o resultado e transmita-o ao sistema.
> 4) Confirmação do resultado. Usuários que receberam um bloqueio contendo o resultado do contrato inteligente verificarão sua correção para determinar se devem aceitá-lo. Na maioria dos casos, a verificação é feita recalculando o contrato e comparando o resultado com aquele que é recebido (tradução nossa) (DIALLO et al., 2018, p. 03).

Por fim, a plataforma *ethereum* permite a criação desses contratos, oportunizando aos desenvolvedores programarem seus próprios contratos inteligentes, utilizando a linguagem "*Turing-complete"*, o que significa que suporta um conjunto mais amplo de instruções computacionais. Destaca-se que os contratos inteligentes podem ser codificados em qualquer *blockchain*, mas a plataforma *Ethereum* se tornou a mais utilizada porque oferece capacidade ilimitada de processamento e criação de aplicações (CARDOSO, 2018).

AS POSSIBILIDADES DE USO DOS SMART CONTRACTS

As possibilidades de uso desses contratos são as mais variadas possíveis, entretanto, traremos algumas searas que eles se mostram mais pertinentes.

No que se refere as eleições políticas, os contratos inteligentes fornecem um sistema mais seguro para a contabilização dos votos. À vista disso, as cédulas seriam registradas no *Blockchain* e distribuídas nos nós da rede, atribuindo aos votos segurança extrema, uma vez que estariam criptografados e anônimos no livro-razão (CARDOSO, 2018).

De fronte com essa tecnológica se elimina todas as possibilidades de adulteração ou alteração dos votos, porque os mesmos são inseridos no *blockchain*, logo, todos os nós da rede são atualizados para refletir as novas informações. O advogado Cardoso, afirma que: "A segurança da votação digital, assim como o anonimato, melhoraria as eleições como um todo, diminuindo consideravelmente o risco de qualquer adulteração fraudulenta dos votos" (CARDOSO, 2018, n.p.).

Outra excelente forma de utilização dos contratos inteligentes é o pagamento automático ao fornecedor, ou seja, se a mercadoria for recebida conforme os termos estabelecidos no contrato, o valor será creditado imediatamente na conta do vendedor. Realmente, quando se trata de serviços dentro da cadeia de suprimentos e processos de produção, os *Smart Contracts* podem agilizar os procedimentos e amenizar a exposição as perdas e fraudes (HOINASKI, 2019).

Os contratos inteligentes vêm ganhando espaço no mercado, quando se relaciona a tecnologia do *blockchain* com a proteção e gerenciamento de direitos autorais, pois na

medida que essa ferramenta consegue documentar atributos da obra, garantir a origem da criação, comprovar a autenticidade, rastrear conteúdos e, automaticamente, permitir ou bloquear o uso da obra, ela propicia maior credibilidade para o criador do produto. Além disso, a *blockchain* permite a transparência nos recebimentos de *royalties* e elimina as inúmeras intermediações (MORETI; CABRERA, 2019).

As mestres Moreti e Cabrera (2019), ainda, pontuam:

> Com a implementação da tecnologia *blockchain* em sites, como por exemplo, em plataformas de autopublicação, o autor se torna capaz não só de rastrear seu trabalho, como decidir quem pode e quem não pode ter acesso a ele, visto que toda e qualquer alteração do bloco de dados fica registrada e só pode ser feita por indivíduos específicos (MORETI; CABRERA, 2019, p. 204).

Os contratos inteligentes também podem incidir sobre as leis de propriedade, uma vez que a criptografia garante que somente o dono do *token digital*, possa gasta-lo. Chamadas de propriedades inteligentes, estas refletem as características físicas e não-físicas do bem que seja livre de ônus (CARDOSO, 2018). A Ucrânia já faz transações de compra e venda de imóveis por esse meio de tecnologia desde o ano de 2017 (VOLOSHYN, 2017).

Ainda, quanto as apólices de seguros, os contratos inteligentes podem ser aplicados para agilizar os procedimentos, posto que sua lentidão é certa, em vista de que os processos são basicamente todos manuais e requerem grande desempenho da ação humana. Com isso, as companhias podem automatizar políticas e utilizar as ferramentas do contrato inteligente para serem mais precisas nas suas atribuições (CARDOSO, 2018).

Com intuito de exemplificar, quando houver uma catástrofe natural, o processo de reivindicação é desencadeado imediatamente. As cadeias de blocos registrarão os parâmetros mensuráveis do evento, como a velocidade do vento, a localização de um furacão ou a magnitude de um terremoto e, a partir dessas informações se auto executará (CARDOSO, 2018).

A seguros SURA um dos maiores grupos de seguros da América Latina adotou a solução de *Blockchain da Direct.One* para gravação e envio de apólices, endossos e boletos na forma de *Smart Contract*. A empresa ressaltou que optou pela plataforma *Ethereum*, pois é a mais segura até o presente momento, mas que estão buscando novas plataformas para inovar ainda mais, como *Hyperledger, R3 Corda*. Por fim, de acordo com os dados do Gartner os contratos inteligentes serão utilizados em mais de 25% das organizações globais até 2022 (SEGUROS SURA, 2020).

VANTAGENS E DESVANTAGEM DOS CONTRATOS INTELIGENTES

Do mesmo modo que a era dos computadores e a internet modificaram a indústria da informação e comunicação, possibilitando uma relação comercial instantânea e global, a

tecnologia de *blockchain*, ou melhor os contratos inteligentes, também, são capazes de modificar diversos setores da economia, almejando suprir as necessidades dos clientes e destacar a empresa no mercado (AGUAYO, 2017).

Oportuno mencionar que a tecnologia *blockchain* utilizada nos contratos inteligentes é diferenciada, pois propicia autonomia, transparência, privacidade, agilidade, autenticidade, segurança e economia a negociação. Em vista desses diferenciais, as grandes firmas e governos têm sido atraídas (OLIVEIRA; FREITAS, 2020).

A transparência é um dos diferenciais dessa tecnologia, pois com a utilização da *blockchain* na realização deste contrato, o mesmo ficará armazenado num registro descentralizado, permitindo as partes acesso integro do acordo e sem a possibilidade de alteração sem registro. Realmente, a transparência na atualidade deixou de ser tendência para tornar-se uma prerrogativa nas transações pessoais e comerciais (GODOI, 2019).

Outra vantagem é a agilidade que essa espécie de contrato possibilita, já que as intermediações e etapas contidas em um contrato tipificado são encurtadas, gerando uma economia de tempo e recurso às partes. Não bastando isso, a autonomia possibilita maior liberdade comercial, tornando o processo mais simples e independente (GODOI, 2019).

Por fim, esses contratos permitem a seus participantes ampla segurança, sabe-se que os contratos realizados de maneira usual estão expostos a situações diversas, como falhas e adulterações, podendo ocorre de modo casual ou pela ação de interessados ou terceiros. Contudo, os *smarts contrats* podem ser efetuados de modo que o menor número de pessoas terão contato, propositando um negócio mais seguro. Além disso, os contratos inteligentes são criptografados e distribuídos pela rede, garantido sua localização e originalidade para os poucos envolvidos (CARDOSO, 2018).

Apesar da tecnologia dos contratos inteligentes fornecerem diversas qualidades que podem beneficiar diferentes tipos de negócios com a sua inflexibilidade e irreversibilidade, essas mesmas particularidades revelam empecilhos frente à adoção desta tecnologia pela maior parte da população e aos requerimentos tradicionais do direito contratual. Como já exposto, os contratos inteligentes se cumprem automaticamente, sendo alheio aos poderes jurisdicionais do Estado, inclusive em determinados contextos, mesmo uma ordem judicial de alto nível teria pouca eficácia para reverter o negócio jurídico. Devido ao princípio da irretroatividade do sistema *Blockchain*, a utilização desse avanço dificulta sua implantação no cotidiano dos brasileiros (CARDOSO; PINTO, 2018).

Mesmo que o *blockchain* possua vantagens tecnológicas que estão em conformidade com as demandas do mercado, ele está longe de ser uma solução universal, ou seja, para operações mais simples, que a resposta possa ser sim ou não, essa tecnológica se encaixa perfeitamente. Por outro lado, nos casos que exigem uma interpretação complexa, só a tecnologia é insuficiente, porque ela não substitui a necessidade de uma assistência humana em relação a regulamentações ou a questões jurídicas. Por esse motivo a sua admissão deve ser cuidadosamente avaliada (DURAN; SIQUEIRA, 2018).

Pontua-se que esta tecnológica não tem o condão de eliminar integralmente as burocracias e solucionar todos os problemas, muito menos excluir o oficio de um advogado ou de um consultor jurídico na elaboração dos contratos inteligentes, até porque existirá um contrato, entretanto, criptografado e codificado, logo, estes profissionais deverão se especializar para auxiliar. Contudo, para haver essa profissionalização será necessária uma maior exatidão de como a plataforma funcionará (CARVALHO; ÁVILA, 2019).

Fato é que, ao mesmo tempo que a tecnologia *blockchain* oportuniza segurança sem precedentes aos seus usuários, visto que registra tudo o que muda no livro-razão e por ser imune a *hackers,* ela é suscetível a falhas humanas, como no caso do ex-dono da maior corretora de *criptomoedas* do Canadá, que ao falecer não forneceu suas senhas aos seus herdeiros, deixando-os sem acesso às suas contas e assim perdendo US $ 190 milhões em criptomoedas (YOUNG, 2019).

Outro risco é que os contratos inteligentes não possuem uma legislação especifica, dessa forma mesmo que estes contratos são tidos como seguros, eles permanecem sendo atípicos, aliás, como já relatado, a plataforma *blockchain* é igual para o mundo inteiro, logo a criação de uma legislação para essa espécie de contratos exigirá um estudo aprofundado e incerto (MAGALHÃES, 2019).

Resta, ainda, falar do analfabetismo digital existente no Brasil, se na década de 1990 se estimava que 50 milhões de brasileiros eram analfabetos funcionais, que dirá de analfabetos digitais. Não bastando isso, a tecnologia *blockchain*, além de ser digital, é complexa para leigos, o que dificulta o seu uso. Diante desses argumentos é nítido que essa tecnologia tende a se popularizar entre grandes empresas e órgãos públicos, até mesmo poderá substituir parte dos livros contábeis, mas dificilmente será adotada massivamente por particulares (OLIVEIRA, FREITAS, 2020).

Há muitas incertezas com relação a tecnologia *blockchain* e como ela impactará o mercado, principalmente em nosso país.

CONCLUSÃO

Ao final do estudo pode-se estabelecer importantes considerações. A primeira delas seria que a tecnologia utilizada nos contratos inteligentes é uma inovação radical que pode alterar diversos setores econômicos do país. Sem sombra de dúvidas, no sentido *lato sensu*, o contrato é inerente à própria sociedade humana, visto que se trata de uma necessidade oriunda do relacionamento social desde o início da civilização, portanto, independentemente de seu formato ou sobre o que se refere, permanecerá subsistindo. Constatou-se que os contratos se norteiam por uma série de legislações e princípios doutrinários que buscam sempre o equilíbrio entre as partes que o contratam.

Ao analisar os *smarts contrats* percebeu-se nitidamente a junção da tecnologia computacional, que alcançou vasto reconhecimento e aplicabilidade no comércio global, com os princípios contratuais, ou seja, a plataforma *blockchain* possibilitou a criação de um

contrato existente tão somente no mundo cibernético. Ainda, se referindo a plataforma *blockchain*, nota-se sua excelente capacidade de descentralizar as informações, disponibilizando melhor transparência e aumento de auditabilidade, provocando uma redução significativa nos custos burocráticos, introduzindo eficiência nas cadeias de valores, desafiando modelos de receita e abrindo novos mercados virtuais.

Entendeu-se que o objetivo dos contratos inteligentes é incorporar cláusulas contratuais a um protocolo computadorizado, almejando uma estruturação eficiente e auto executável, capaz de desestimular o descumprimento contratual e reduzir os custos de transação nas relações formais. Realmente, assim que os contratos inteligentes são criados se tornam inalteráveis, oferecendo confiança e concordância nas informações trocadas entre as partes, contudo, sem a possibilidade de correções contratuais, em razão de serem criptografados.

Quando se adentra à funcionalidade dessa espécie contratual percebe-se um dos problemas que os cidadãos brasileiros enfrentarão, pois tudo é disposto eletronicamente, contudo grande parcela da população é analfabeta às diretrizes da informática, dificultando o manuseio dessa ferramenta, o que resultará em contratações equivocadas que posteriormente não poderão ser modificadas pelo Estado. Sabe-se que as características dos contratos inteligentes, suportarão algumas áreas como a contabilização de votos nas eleições, visto que elimina todas as probabilidades de adulteração, ou ainda, entre grandes empresas e governos que possuem um setor de técnicos em informática que efetivamente compreendam as criptografias, porém para a população em massa a sua utilização é complexa e incerta.

De fato, a tecnologia dos contratos inteligentes fornece diversas qualidades que beneficiarão diferentes tipos de negócios com a sua inflexibilidade e irreversibilidade, entretanto, essas mesmas particularidades, enxergadas em outro viés, poderão acarretar empecilhos frente a população brasileira em geral. Os contratos inteligentes estão longe de serem uma solução universal, eles podem resolver operações simples, que possam ser sanadas com um sim ou não, contudo quando se adentra a uma interpretação mais complexa, só a tecnologia é insuficiente.

Por fim, concluiu-se que os contratos inteligentes não têm a capacidade de eliminar integralmente as burocracias, custas e solucionar todos os problemas, muito menos excluir o ofício dos advogados ou consultores jurídicos. Ainda, cabe dizer que a preferência desse contrato exigirá um profissional do direito que domine além das técnicas jurídicas às informáticas, pois a tecnologia *blockchain* propicia a segurança, mas não é insuscetível de falhas humanas que acarretarão um erro inconvertível. Logo, o estudo não se esgota aqui, pois persistem muitas incertezas com relação a implementação dos contratos inteligentes no ordenamento jurídico, isso pois, é atípico em nossa pátria.

REFERÊNCIAS

AGUAYO, S. **Bitcoin, *Blockchain* e Contratos Inteligentes**. 2017. Disponível em: https://www.marsh.com/br/insights/risk-in-context/bitcoin--blockchain-e-contratos-inteligentes.html. Acesso em: 28 jul. 2021.

ALECRIM, Jaqueline de Souza Cardoso; Análise crítica da sistemática de compras governamental pela perspectiva de novas tecnologias de contratos inteligentes, **Universidade Católica de Brasília,** 2019. Disponível em: https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2655/2/JaquelinedeSouzaCardosoAlecrimDissertacao2019.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

BARBOSA, André Luiz; **A informática e os contratos na atividade empresarial e seus reflexos no meio ambiente**, Universidade Nove de Julho: São Paulo, 2020. Disponível em: https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2168. Acesso em: 21 fev.2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.

BUENO, Hugo Carvalho. **Contratos inteligentes: uso do *blockchain* para formulação de contratos. Presidente Prudente**: Intertemas, 2020, v. 40, n. 40. ISSN 1677-1281. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8949. Acesso em: 06 jun. 2021.

CARDOSO, Bruno; Contratos inteligentes: descubra o que são e como funcionam**. Advogado Bruno Cardoso,** 2018. Disponível em: https://brunocardosoadv.com/contratos-inteligentes/#t4. Acesso em: 28 jul. 2021.

CARDOSO, João Antonio Aparecido; PINTO, Jefferson de Souza; *Blockchain* e Smart Contracts: Um Estudo Sobre Soluções para Seguradoras, **2º Congenti, Congresso de gestão, negócios e tecnologias de informática**, 2018. Disponível em: https://eventos.set.edu.br/congenti/article/view/9618. Acessado em: 28 jul. 2021.

CARVALHO, Carla Arigony de; ÁVILA, Lucas Veiga; A tecnologia *blockchain* aplicada aos contratos inteligentes. **Em tempo- Revista da área de direito do UNIVEM**, v. 18 n.01, 2019. Disponível em: https://www.revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3210. Acesso em: 28 jul. 2021.

DIALLO, Nour; SHI, Weidong; et al. eGov-DAO: **a Better Government using *Blockchain* based Decentralized Autonomous Organization**, 2018. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/325632774_eGov-DAO_a_Better_Government_using_Blockchain_based_Decentralized_Autonomous_Organization/link/5bd217e4299bf1124fa36811/download. Acesso em: 16 jul. 2021.

DIVINO, Sthéfano. Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. **Revista Jurídica luso-brasileira**, ano 4 (2018), nº 6. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n6/182. Acesso em: 4 jun. 2021.

DURAN, L.; SIQUEIRA, D. **Como o *Blockchain* vai impactar o mercado de seguros**. 2018. Disponível em: https://ciandt.com/br/pt-br/article/como-o-blockchain-vai-impactar-o-mercado-de-seguros. Acesso em: 23 jul. 2021.

FREIRE, M. **Seguros SURA adota *blockchain* para Smart Contracts.** 2017. Disponível em: https://www.bitmag.com.br/2017/11/seguros-sura-adota-blockchain-para-smart-contracts/?inf_by=54eb31720ce58a4fc17c88ff. Acesso em: 4 jun. 2021.

GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez; **Criptomoedas,** São Paulo: Almedina, 2020.

GODOI, Felipe Teixeira de; **Contratos Inteligentes:** Uma nova implementação da teoria dos contratos, [s.d.], 2019.Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpWDYfzw.pdf/consult/phpWDYfzw.pdf. Acesso em: 06 jun. 2021.

GOMES, Orlando; **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HOINASKI, Fábio; O que são contratos inteligentes e como funcionam? **Blog Ibid system solutions**, 2019. Disponível em: https://www.ibid.com.br/blog/o-que-sao-contratos-inteligentes/. Acesso em: 26 jul. 2021.

HUILLET, Marie; Projeto de lei do Arizona sobre *blockchain* é aceito e assinado em lei estadual, **COINTELEGRAPH Brasil**, 2018. Disponível em: https://cointelegraph.com.br/news/arizona-blockchain-bill-signed-into-state-law. Acesso em: 27 jul. 2021.

INTERNACIONAL FINANCE CORPORACION. ***Blockchain:* oportunidades para empresas privadas em mercados emergentes.** Disponível em: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/publications_ext_content/ifc_external_publication_site/publications_listing_page/blockchain+report. Acesso em: 05 jul. 2021.

LOPES, Diego Nunes. Cláusulas abusivas nos contratos virtuais: as violações do direito do consumidor na aceitação dos termos de uso de serviços online. 2016. 52 f. **Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul**, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/handle/1/12017. Acesso em 15 jul. 2021.

MAGALHÃES, Gabriel; Contratos Inteligentes: **O que são e como funcionam? Entenda os benefícios**, publicado em 21 jun. 2019. Disponível em: https://freelaw.work/blog/contratos-inteligentes/. Acesso em: 06 jun. 2021.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral dos Contratos. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 2, nº 2, 2008. Disponível em: Acesso em: 10 jun. 2021.

MORETI, Mariana Piovezani; CABRERA, Paula Baragatti; O uso da tecnologia *blockchain* para proteção e gestão de direitos autorais, **XII Congresso de direito de autor e interesse público,** 2019. Disponível em: http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/008-O-USO-DA-TECNOLOGIA-BLOCKCHAIN-PARA-PROTE%C3%87%C3%83O-E-GEST%C3%83O-DE-DIREITOS-AUTORAIS.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

NUNES, Caroline; O futuro dos contratos: *Smart Contracts.* **LAPTISTALUZ-advogados**, publicado em 1º fev. 2021. Disponível em: https://baptistaluz.com.br/institucional/smart-contracts/. Acesso em: 5 jun. 2021.

OLIVEIRA, Eduardo; FREITAS, Angilberto; Os porquês da tecnologia *blockchain* ainda não ter sido popularizad+a: um ensaio teórico, **Revista gestão e tecnologia Journal of Management e Technology,** v.20, n 1, 2020. Disponível em: http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/1706. Acesso em: 22 jul. 2021.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; O futuro repetindo o passado? Digital Rights Management, tecnologias disruptivas e o direito autoral brasileiro. **Quaestio Iuris**, v. 12, n 2, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Eliane/Downloads/38044-164109-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

SALMAN, Daniel; O que são e para que servemos smart contracts? **Revista Portogente – O mundo mais ágil,** publicado em 24 mar. 2021. Disponível em:https://portogente.com.br/noticias-corporativas/114176-O%20que%20s%C3%A3o%20e%20para%20que%20servem%20os%20%E2%80%9Csmart%20contracts%E2%80%9D? Acesso em: 5 jun. 2021.

SAVELYEV, A. Contract law 2.0: **«smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. Higher School of Economics,** v. 26, n. 2, p. 116-134, may. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241## . Acesso em: 10 jul. 2021.

SCHIMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes; **Cadernos de direito do consumidor, parte geral**, Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/ Procon/RS, 2010.

SEGUROS SURA; Seguros SURA adota *blockchain* para *smart contracts,* 2020. Disponível

em: https://www.segurossura.com.br/imprensa/seguros-sura-adota-blockchain-para-smart-contracts/. Acesso em: 28 jul. 2021.

VOLOSHYN, A. (2017). Technical Overview: The first real estate deal on the Blockchain. Retrieved from https://medium.com/propy/technical-overview-the-first-real-estate-deal-on-the-blockchain-18a34979403. Acesso em: 25 jul. 2021.

YOUNG, Joseph. $190 mihoes em criptografia perdida para sempre, como a maior bolsa de bitcoin do Canadá perdeu tudo. YAHOO! finance, 2019. Disponível em: https://finance.yahoo.com/news/190-million-crypto-gone-forever-213010166.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAANsdQcETbooDSphHPxKeaHUH3AqniwMxoveW6IWAIXn6_43HvJe1YjIkrbY8IxK2ayUSDYQ9iBpqBsmYlxMCbQFvuZ0dS0nFtJsPXQGO6Q7zpU2sye9ZPdXEp7l_UVUPiwlKziZPE1gg2BTCEEqke6LiEMSDUjURbltFZHMTcO4c. Acesso em: 29 jul. 2021.

A RELEVÂNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA RURAL E DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL

Franciéli Aparecida da Silva Ferreira[1]
Mariane Cristina Zavolski[2]
Simone Gasperin de Albuquerque[3]

RESUMO: Este artigo tem como objetivo descrever e compreender à adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em relação as empresas rurais e ao agronegócio no Brasil. Tal abordagem se justifica mediante regulamentações estabelecidas pelo Estado brasileiro para a manipulação, tratamento e armazenamento de dados pessoais por organizações tanto públicas quanto privadas. Nesse sentido, discute-se a relevância dos marcos regulatórios estabelecidos pela LGPD (Lei no 13.709/2018) para as empresas rurais. Para alcançar o intento proposto, o estudo está fundamentado na Lei no 13.709/2018 que tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo, visando regulamentar o uso de dados pessoais e dados sensíveis no Brasil, com o desígnio de proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade. Utiliza-se o método indutivo, através de uma pesquisa bibliográfica. Analisa-se que as empresas rurais estão cada vez mais utilizando a tecnologia digital e com isso surge a necessidade de implementação de uma gestão de risco e uma agricultura de precisão, bem como a necessidade de adequação aos novos dispositivos visando a segurança das informações estratégicas coletadas pelo empresário rural e, com isso proporcionando uma maior lucratividade e sustentabilidade do setor rural.

Palavras-chave: Agronegócio. Empresa rural. Agricultura de precisão. Lei Geral de Proteção de Dados.

INTRODUÇÃO

Com o advento da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 3.709/2018 (BRASIL, 2018), em agosto de 2020, teve origem uma mudança de cenário para diversos setores e áreas econômicas do país. A LGPD consolida uma diretriz dispondo normas sobre o tratamento de dados pessoais utilizados por empresas do setor público e privado. Com esta lei passa a ser normatizado o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim (RS). E-*mai*l: 052827@aluno.uricer.edu.br.

[2] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim (RS). *E-mail*: 066122@aluno.uricer.edu.br.

[3] Mestre em Direito. Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões(RS). *E-mail*: salbuquerque@uri.com.br.

desenvolvimento da personalidade da pessoa natural

A legislação trouxe a necessidade de implementação de formas de proteção de dados por parte das empresas, em relação ao tratamento de dados e, nesse sentido, tais adequações também abrangem as empresas do agronegócio, já que este setor possui um amplo conjunto de informações e utiliza avançadas tecnologias nas mais diversas áreas da atividade agrícola. Esta magnitude e abrangência de dados usado pelo setor agrícola, inclusive deu origem ao conceito autodenominado de *big data farm*.

No presente estudo, propõe-se obter breves elucidações no que concerne os benefícios trazidos pela LGPD e que poderão ser aplicados no setor do agronegócio. Em termos mais específicos, o objetivo será esclarecer como a Lei Geral de Proteção de Dados atua na regulamentação referente as informações utilizadas no agronegócio e a proteção em relação a captação destas informações por este setor.

Salienta-se que as informações adquiridas nas atividades agrárias permitem maior eficiência na produção, em virtude da possibilidade de captação de informações a respeito da qualidade do solo, irrigação, existências ou não de pragas, entre outros, proporcionando ao setor agrícola e mais diretamente ao agricultor, melhores deliberações a respeito das atividades agropecuárias.

Torna-se relevante este estudo, uma vez que existe uma gama imensa de informações que são possíveis de serem obtidas através da utilização das novas tecnologias. Importante a necessidade de reconhecimento do tratamento acerca dos referidos dados armazenados no setor do agronegócio e a necessidade de analisar à Lei Geral de Proteção de Dados.

Inicia-se este artigo com uma elucidação sobre a LGPD, a proteção de dados e a diferença entre dados pessoais e dados sensíveis. Na sequência aborda-se o agronegócio, a empresa rural e os principais dados armazenados pela empresa agrícola. Ao final analisa-se os benefícios trazidos para o agronegócio com a vigência da Lei nº 13.709/2018. Para realização deste artigo foi utilizado o método indutivo, através de uma pesquisa bibliográfica.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Na esteira do Marco Civil[1], foi aprovada em 2018 a Lei 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), vigente a partir de agosto de 2020, que regulamenta o tratamento de dados em território brasileiro e reiterou a necessidade de consentimento livre, informado e inequívoco, para o tratamento. Nesta, são previstas algumas exceções à regra geral do consentimento para o tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2018)

[1] O Marco Civil da Internet surge, consubstanciado na Lei n. 12.965/2014, cujo principal escopo é atestar a responsabilidade aos provedores de serviços de internet e também aos usuários da rede. (BRASIL, 2014)

A referida lei através de suas disposições foi desenvolvida com o objetivo principal de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo.

É inegável que nos últimos séculos as inovações tecnológicas surgiram a cada dia com maior expressividade, onde a partir destas alterações as mudanças que ocorrem na sociedade são latentes. Torna-se perceptível que as áreas da economia que não adotarem essas novas transformações digitais estarão fadadas a uma grande involução e a possibilidade de sucumbirem ao final de um breve espaço de tempo.

Neste sentido tem-se que:

> No último milênio, houve duas inovações tecnológicas "disruptivas" especialmente sustentáveis. Elas têm levado a profundas convulsões na sociedade. Uma dessas inovações foi a invenção da impressão tipográfica, a outra foi a industrialização. Desde o final do último milênio, estamos em meio a outra convulsão tecnológica, que provavelmente provocará uma mudança social tão séria quanto as duas grandes inovações mencionadas – ou ainda maiores convulsões. Trata-se da digitalização e, com ela, a transformação digital da economia, da cultura, da política, da comunicação pública e privada, e provavelmente de quase todas as áreas da vida. Palavras-chave para caracterizar o desenvolvimento técnico são, por exemplo, algoritmos, *Big Data*, inteligência artificial (IA), robótica e *blockchain*." (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 22).

A mudança não é somente digital, conforme mencionado acima, atingir-se-á todos os ramos e áreas da sociedade como um todo de modo amplo e geral. Inicialmente, o termo digital refere-se as tecnologias de dados digitais e infraestruturas como software[1] e hardware[2]. Contudo, irá esse desenvolvimento tecnológico desencadeará mudanças em todo o mundo, no diferentes segmentos sociais, com efeitos nos ramos do direito, visto o caráter deste de regular as relações sociais.

Um ponto importante para a sanção da LGPD, sem dúvida está relacionada a evolução da tecnologia, porém também é inegável que a pandemia do Covid 19[3] gerou grande impacto na condução das transformações tecnológicas. Algumas consequências talvez sejam, inclusive, permanentes. Ante a necessidade de distanciamento para evitar a

[1] Em termos práticos, o software é uma coleção de dados ou instruções que informam a um mecanismo como trabalhar. Ele, nada mais é do que um programa que você acessa no celular, tablet, PC, ou qualquer outro dispositivo eletrônico. Um dos primeiros relatos de um software desenvolvido foi registrado no século XIX. Ada Lovelace, conhecida como a primeira programadora, escreveu um algoritmo que fazia com que a Máquina Analítica fosse capaz de calcular uma sequência conhecida como Números de Bernoulli. (COSTA, 2020)

[2] Hardware é a parte física do computador, ou seja, o conjunto de aparatos eletrônicos, peças e equipamentos que fazem o computador funcionar. A palavra hardware pode se referir também como o conjunto de equipamentos acoplados em produtos que precisam de algum tipo de processamento computacional. A ciência que estuda o hardware é conhecida como arquitetura de computadores. (DANTAS, 2021)

[3] A pandemia de Covid-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2 ou Novo Coronavírus, vem produzindo repercussões não apenas de ordem biomédica e epidemiológica em escala global, mas também repercussões e impactos sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos sem precedentes na história recente das epidemias. (FIOCRUZ, 2021)

proliferação do vírus passou-se a adotar o contato virtual entre as pessoas, nos diferentes segmentos da sociedade brasileira e mundial.

> Essa transformação digital é tão acelerada no Brasil, que o próprio Supremo Tribunal Federal realizou no dia 14 de abril, as primeiras sessões por videoconferência da história da Corte. Da mesma forma, o Congresso Nacional adotou votação virtual. Também os serviços públicos de notas e registros, respaldados no provimento 95 do Conselho Nacional de Justiça que autorizou Cartórios a manterem a continuidade do funcionamento de forma eletrônica, enquanto durar o isolamento social causado pelo covid-19, adotaram o uso da tecnologia digital, tornando possível a outorga de procuração à distância com a mesma validade da procuração presencial. (FREITAS, 2020)

Observou-se uma verdadeira quebra de paradigma, com empresas dos mais diferentes tamanhos e segmentos promovendo a necessidade da adoção da internet e possibilitando que seus colaboradores realizassem seu labor longe da sede das empresas, de forma remota.

Oportuno dizer que esta intensificação do uso da rede gerou a coleta de dados pelas empresas, e tais informações, em sua maioria, foram convertidas em bens imateriais de elevado valor e fundamental importância estratégica para diversos órgãos públicos e empresas das mais variadas modalidades. E é neste sentido que surge para as atividades empresariais, entre elas a do agronegócio, a necessidade de repensar e reorganizar o desenvolvimento de uma cultura de segurança da informação. (FREITAS, 2020)

Desta forma, a proteção de dados pessoais no Brasil ter se tornado assunto de grande relevância e interesse da sociedade em geral, na sequência aborda-se a proteção de dados, e a distinção entre os dados pessoais e os dados sensíveis.

PROTEÇÃO DE DADOS

A transformação digital da sociedade contemporânea apresenta significativas repercussões, a atual era digital abrange possibilidades e oportunidades para a vida de todos os indivíduos. Todavia, tal transformação também expõe estes mesmos indivíduos a possíveis riscos e danos no que tange a preservação de uma ordem social justa. E, assim, a LGPD surge para atuar como salvaguarda do bem comum, tanto privado como público, e através de seus dispositivos almeja controlar e precaver danos presentes e futuros.

Torna-se cada vez mais importante que além de regras legais e sociais, as normativas com as definições dos algoritmos digitais. Quanto ao termo algoritmo, o mesmo usa-se para identificar determinados problemas em etapas individuais designando-se uma regra de ação clara, nesse sentido:

> As diversas áreas de aplicação também se referem ao uso de diferentes sistemas, redes e atores sociotécnicos. O uso de algoritmos abre oportunidades consideráveis em vários – quase todos – campos do desenvolvimento social. No entanto, esta descoberta também é acompanhada por consideráveis áreas problemáticas, como os riscos de manipulação de comportamentos, ameaças à proteção da privacidade ou da propriedade intelectual, aumento da vulnerabilidade até mesmo de Instituições vitais (como os serviços de interesse geral) e muito mais. Como em outros campos da inovação, o setor de Tecnologia da Informação (TI) também está preocupado com a correta adequação da abertura à inovação e da responsabilidade pela inovação. (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 33).

Todos estes fatores estão interligados ao funcionamento da ordem democrática social, bem como direcionados a promoção de desenvolvimento econômico e tecnológico e a viabilização de inovações globais. Um questionamento que surge é como efetivar a proteção para a sociedade como um todo, visto todas as ameaças perceptíveis, sendo necessário assim fazer um juízo de valor, que além das oportunidades de avanço tecnológico é necessário um cuidado associado as proteções legais e do mesmo modo a sistemas de desenvolvimento inovadores.

Portanto a inovação disruptiva[1] através da sobreposição modelos de negócios tradicionais antigos, transforma por meio de soluções inovadoras superiores, mediante sua natureza mais acessível, simples e conveniente interligado a proteção de dados. É importante lembrar que na sociedade digital existe ainda muitos conflitos a serem resolvidos, eis que a queda de barreira físicas entre os países passou a ser uma constante quando passaram a ficar expostos a espionagem e aos crimes virtuais.

Dados pessoais

O art. 5º, inciso I, da LGPD conceitua dados pessoais como: "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável." (BRASIL, 2018) São exemplos: dados cadastrais, data de nascimento, profissão, dados de GPS, identificadores eletrônicos, nacionalidade, gostos, interesses e hábitos de consumo, entre outros. Ou seja, desde o número dos seus documentos até as páginas curtidas e os perfis seguidos nas redes sociais podem ser considerados dados pessoais.

É possível constatar que diante do aumento de vigilância na internet, muitas vezes esbarra no limite ético e legal, a qual refere-se a um utilitarismo da chamada espionagem digital.

> Pode-se afirmar que a informação pessoal pode servir como um verdadeiro

[1] Inovação disruptiva é a inovação em uma tecnologia, produto ou serviço com características disruptivas em vez de evolutivas. Assim, ela provoca uma ruptura com os padrões já estabelecidos no mercado. Trata-se de algo inédito, original e transformador. (KUVIATKOSKI, 2018)

> termômetro econômico-social, quanto menos informação sobre uma pessoa, maior o risco em se relacionar com ela, logo maiores são os juros, bem como o custo do crédito. Por outro lado, quanto mais informação, maior certeza sobre o indivíduo, maior garantia de autenticidade e maior chance de adimplemento, portanto, menor o risco, menores os juros, crédito mais barato e mais acessível para o cidadão. (PECK, 2016, p. 486)

Portanto através desta vulnerabilização dos dados a LGPD em seu art. 17 determina segurança a titularidade, a toda pessoa natural, a titularidade de seus dados pessoais e garante os direitos fundamentais de liberdade intimidade e de privacidade. (BRASIL, 2018)

A garantia de reclamar a possível lesão a esses dados também está regulamentada pelo art. 41, §2° da LGPD, esta que preceitua ao encarregado atribuições ao tratamento dos dados pessoais, devendo este aceitar e receber as reclamações e comunicações dos titulares, prestar e adotar, esclarecimentos, providências, comunicações da autoridade nacional entre outros. (BRASIL, 2018)

Entende-se desta forma, a disposição de regras sobre a proteção de dados pessoais é discussão de grande importância na atual conjuntura da sociedade digital, considerando que possui o objetivo de regulamentar a atividade de dados pessoais.

Dados sensíveis

É necessário estabelecer uma distinção clara entre dados pessoais e dados sensíveis, visto que o primeiro está diretamente ligado à identificação do indivíduo, e os dados sensíveis estão associados às questões mais íntimas tuteladas pela Constituição Federal Brasileira, como origem étnica, racial, a orientação política, sexual, as convicções religiosas, filosóficas e morais, os dados genéticos e de saúdes, bem como dados anônimos ou anonimizados.

São explicitados no inciso II, do art. 5º, da LGPD, sendo todo aquele com conteúdo "sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.". Ou seja, são aqueles dados que podem levar a discriminação de uma pessoa e, por tal motivo, devem ser considerados e tratados como dados sensíveis. (BRASIL, 2018)

O tratamento de dados sensíveis somente pode ser feito por meio de consentimento (ciência e concordância) do titular na forma prevista no art. 5, inciso XII, a saber;

> art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se [...] XII – consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; [...] (BRASIL, 2018)

Nesse contexto, uma empresa/controladora que pretende tratar dados sensíveis deve solicitar que o titular forneça seu consentimento – de forma livre e informada para uma determinada finalidade. Tal consentimento pode ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular – art. 8, caput, da LGPD. (BRASIL, 2018)

E ainda vale ressaltar que, antes de obter o consentimento do titular, é recomendável que ele seja informado sobre todos os seus direitos de forma transparente.

Mediante a diferenciação destas situações é possível pautar-se em quais situações pode-se exigir a vênia expressa, para a utilização dos dados obtendo-se uma manifestação livre e positiva de vontade, registrável, por prazo limitado e revogável onde seria suficiente a ciência.

O AGRONEGÓCIO

Pode-se referir o termo agronegócio quando se trata de negócios relacionados às atividades da agricultura e pecuária. Dessa forma, a mesma abrange todos os costumes das operações de distribuição, processamento, suprimentos de produtos agrícolas, setores relacionados às plantações e às criações de animais, comércio de sementes, máquinas, equipamentos, indústrias agrícolas, abatedouros, o transporte da produção e as atividades voltadas à importação em uma fonte de entrada de divisas.

Segundo Renato Macedo Buranello:

> O agronegócio (agrobusiness) diz respeito ao conjunto de negócios relacionados à agricultura e à pecuária. Busca expressar a relação comercial e industrial envolvendo a cadeia produtiva agrícola ou pecuária. Compreende a atividade agropecuária, termo utilizado para definir o uso econômico do solo para o cultivo da terra e a criação de animais. É entendido como o conjunto organizado de atividades econômicas que envolvem a fabricação e fornecimento de insumos, a produção, o processamento e armazenamento até a distribuição para consumo interno e internacional de produtos de origem agrícola ou pecuária, ainda compreendidas as bolsas de mercadorias e futuros e as formas próprias de financiamento, sistematizadas por meio de políticas públicas específicas. (BURANELLO, 2009, p. 30)

Necessária a qualificação do agronegócio com o propósito de conceituar a empresa rural, para então, para na sequência apresentar os principais dados armazenados pela empresa agrícola e a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no agronegócio, com o intuito de apontar os benefícios que a mesma traz como mecanismo de proteção e preservação dos dados obtidos na atividade agrária com o uso das novas tecnologias digitais.

A EMPRESA RURAL

Pode-se definir a empresa rural[1] como aquela que realiza atividades agrícolas, produzindo bens ou serviços, voltada ao mercado para fins de comercialização e visando lucros.

Delineada pelo Estatuto da Terra, a Lei nº 4.504/1964, em seu Art. 4º, inciso VI, determina a empresa rural da seguinte maneira:

> Empresa rural é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e tradicionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico [...], da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo [...]. (BRASIL, 1964)

Ainda nesse sentido, cita-se no art. 2º da Lei 8.023, de 12.04.1990, alterada pela Lei 9.250, de 26.12.1995, está a descrição de várias atividades rurais ou agrícolas:

> Considera-se atividade rural:
> I – a agricultura;
> II – a pecuária;
> III – a extração e a exploração vegetal e animal;
> IV – a exploração da apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericicultura, piscicultura e outras culturas animais;
> V – a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas a composição e as características do produto in natura, feita pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como a pasteurização e o acondicionamento do leite, assim como o mel e o suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação. (BRASIL, 1990)

Paralelamente, vale ressaltar o Decreto nº 84.685/1980, responsável pela atualização do Estatuto da Terra, acrescentando assim, a definição de empresa rural não mais apenas como empreendimento, mas também, com o compromisso de atender as condições de cumprimento da função social da terra, conforme o disposto no Art. 22, inciso III, alíneas a, b e c, do referido estatuto, vejamos:

[1] Importante ressaltar que a empresa rural difere da empresa agrária. A empresa agrária é uma entidade que tem por objetivo o exercício de uma atividade agrária para finalidades empresariais ou mercadológicas. Este tipo de empresa é regido pelas leis comerciais e p elo direito de empresa e tem por foco uma determinada atividade econômica organizada profissionalmente e destinada à produção e/ou circulação de bens e/ou serviços de natureza rural. Para Arnaldo Rizzardo: "Não importa o índice de aproveitamento ou eficiência da exploração, ou a exploração de imóvel situado no meio rural, e nem se leva em cona o cumprimento da função social da propriedade". (RIZZARDO, 2021, p. 547)

> Art. 22 - Para efeito do disposto no art. 4º incisos IV e V, e no art. 46, § 1º, alínea "b", da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, considera-se:
> III - Empresa Rural, o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro das condições de cumprimento da função social da terra e atendidos simultaneamente os requisitos seguintes:
> a) tenha grau de utilização da terra igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado na forma da alínea "a" do art. 8o;
> b) tenha grau de eficiência na explorarão, calculado na forma do art. 10, igual ou superior na 100% (cem por cento);
> c) cumpra integralmente a legislação que rege as relações de trabalho e os contratos de uso temporário da terra. (BRASIL, 1980)

Desta forma, constata-se que a empresa rural se encontra ininterruptamente relacionada a unidade de produção, a qual, significa uma área de terra onde a produção agropecuária é realizada, sendo assim, denominada propriedade rural.

A empresa rural não visa apenas o lucro, mas também objetiva o melhor custo benefício no mercado em que atua. Ou seja, para além de garantir uma boa produtividade, a empresa rural também deverá responsabilizar-se com os processos pertinentes a produção e comercialização.

Importante salientar que o empresário rural não estará sujeito à falência, nem poderá requerer recuperação judicial ou propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial (art. 1º da Lei nº 11.101/2005) e fica dispensado de manter escrituração especial (art.s 1.179 e 1.180 do Código Civil/2002). Não é, assim, considerado juridicamente empresário. (CAMPINHO, 2020)

Todavia, é permitido ao empresário rural requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis de sua respectiva sede, iniciativa essa, que após a inscrição, equipara-o, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro na Junta Comercial, ou seja, passa a ser considerado juridicamente empresário, submetendo-se ao seu regime legal correspondente (art. 971). (BRASIL, 2002)

Observa-se que o empresário e a empresa rural, para obter lucratividade, deverá se preocupar com os processos de produção e comercialização e, esta atividade inclui, exemplificativamente, a pesquisa do preço de insumos agrícolas, novos equipamentos, que visam a melhor eficiência da produção, a busca por novos lugares de comercializações para a venda e divulgação dos produtos. Nesse sentido, o empresário rural passa a necessitar do uso de tecnologias digitais e através da compilação de dados definir de forma mais eficiente suas opções e escolhas para o desenvolvimento sustentável de sua empresa.

PRINCIPAIS DADOS ARMAZENADOS PELA EMPRESA RURAL

Na busca por eficiência, a empresa rural começa a se destacar na habitualidade da coleta de dados e informações dos diversos seguimentos do agronegócio. Também denominados como *players* da cadeia de consumo, estas informações são relacionadas aos produtores rurais, seus colaboradores, funcionários, dados de produção, revenda de produtos e insumos agrícolas, de armazenagem, entre outros. Tais informações podem, inclusive, serem utilizadas por organizações parceiras das empresas agrícolas e, por esta razão, evidencia-se ainda mais a importância do emprego e regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados neste meio rural. (BEAUCLAIR; FARIA, 2021)

Com os inúmeros avanços tecnológicos e o setor agrário começando a contar com o emprego de inúmeras inovações, originou-se o termo *big data farm,* o qual é responsável pela significativa quantidade de armazenagem de dados, provenientes de pesquisas e adaptações do avanço tecnológico, principalmente na agricultura de precisão.

> O conceito de big data começou a ser difundido no início do século 21 e, com relação ao agronegócio, diz respeito à análise e à interpretação de grandes volumes de dados relativos à atividade agrícola. Assim, o big data farm permite aumentar a produtividade, reduzir os custos e tomar decisões de negócios mais inteligentes. Tal conceito está relacionado à chamada agricultura de precisão, que está cada vez mais presente no agronegócio brasileiro e é oriunda da modernização de maquinários, o que permite uma maior eficiência na produção, uma vez que é capaz de extrair inúmeros dados — como a qualidade do solo, irrigação, existência ou não de pragas e outras métricas — além de servir de auxílio para a tomada das melhores decisões pelos agricultores. (BEAUCLAIR; FARIA, 2021)

Esta armazenagem de dados visa coletar informações acerca da atividade agrícola, objetivando assim, o aumento da produtividade e a redução de custos de produção. Resumidamente, encarrega-se de tomar decisões inteligentes de negócios com base nas informações coletadas e, consequentemente, promover novos sistemas e métodos no meio rural.

A agricultura de precisão teve origem com os primeiros mapas de monitoramento de produtividade na Europa, nos anos 1980, e com a estratégia de aplicação de insumos em taxa variável nos Estados Unidos. Nas propriedades brasileiras, o uso desse sistema tem início nos anos 1990, intensificando-se com o aprimoramento do GPS (Sistema de Posicionamento Global por Satélites, na tradução para o português), o que possibilitou a instalação de receptores em semeadoras, colheitadeiras e pulverizadores, associando os dados de produtividade com as coordenadas geográficas através do auxílio de satélite. (BUCK, 2020)

Os produtores ou empresários do campo geralmente convencionam com empresas terceirizadas que ficam responsáveis pelo levantamento de dados das lavouras. Estes serviços, em sua grande maioria, são realizados por meio de GPS ou sensores instalados nas

máquinas utilizadas na área rural.

O armazenamento destes dados, o seu tratamento, e a sua forma de proteção pelo empresário rural passa a ser considerada como *know-how*, que em livre tradução, pode ser definido como a habilidade adquirida pela experiência ou ainda, como saber prático que passou a ser desenvolvido por esta empresa rural.

De acordo com o diagnóstico desenvolvido pela Associação Brasileira das Empresas de Software, cerca de 40% das empresas demonstram estar em desconformidade com a LGPD, e o setor do agronegócio seria o que menos está de acordo com a regulamentação da normativa, atingindo apenas cerca de 13% no índice de conformidade:

> Dentre os setores avaliados, o agronegócio é o que menos está de acordo com os pontos exigidos pela Lei. Segundo o formulário, o setor atinge somente 13% no índice de conformidade. Apesar disso, no quesito de tratamento dos dados considerados sensíveis, o agronegócio foi o único a atingir a taxa de 100%. (IPESI, 2020)

Sendo assim, estar em conformidade com às normas da LGPD é fundamental, precisamente a respeito do saber prático de cada empresário, uma vez que a repartição destas informações, poderia vir a comprometer a individualidade e segurança da atividade da empresa rural e de seus pares.

A LGPD E SUA APLICAÇÃO NO AGRONECÓCIO

Tendo-se como premissa que a Lei Geral de Proteção de Dados visa regulamentar o uso de dados pessoais e dados sensíveis no Brasil, com o desígnio de proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, acredita-se que a mesma contribuirá e auxiliará na regulamentação das informações estratégicas coletadas pelo empresário rural, auxiliando dessa forma, na solução do problema da responsabilidade das informações coletadas neste setor.

Embora o Brasil ainda não disponha de específica autorregulamentação relacionada ao agronegócio, diferentemente dos Estados Unidos, o qual verifica a política e tratamento de dados dos agricultores através da *Privacy and Security Principles for Farm Data*, e da União Europeia, cuja executa a autorregulamentação por meio da *European Union Code of Conduct on Agricultural Data Sharing By Contractual Agreemente*, o ordenamento jurídico brasileiro com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados já possui uma regulamentações geral, abrindo caminho para discussões e regulamentações mais atinentes a responsabilidade de dados pelo setor rural. (SYKUTA, 2016)

BENEFÍCIOS

Conforme o art. 50 da Lei Geral de Proteção de Dados, a regulamentação com relação ao agronegócio é relativa à adequação segundo parceiros, fornecedores, funcionários, a obediência ao resguardo à informações, sendo elas sensíveis ou não, e os adequando conforme regulamentação de tratamento aos dados, nesse sentido, verifica-se o citado artigo:

> Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2018)

Ressalta-se que, a averiguação das empresas terceirizadas contratadas poderá ser promovida pelo próprio empresário, verificando dessa forma, se o armazenamento está ocorrendo em consonância com a LGPD ou não. Através da análise das cláusulas contratuais pactuadas, as quais tratam da coleta de dados, ou a confidencialidade dos mesmos, quanto ao seu limite, utilidade, autorizações, ou a forma de descarte dos dados realizada pela empresa contratada.

A normativa cria responsabilidades de acordo com as prestações de contas, transparência, privacidade e segurança aos usuários, objetivando a garantia de privacidade dos dados pessoais e sensíveis dos cidadãos, possuindo um maior controle em relação aos mesmos.

Diante do avanço tecnológico, o setor do agronegócio alcançou um aliado, ou até mesmo uma nova forma de produção, podendo ser denominado de *agrobusiness*. A significativa coleta de dados e informações com o intuito de auxiliar o empresário rural, também denominada como *big data farm,* contribuem no exercício das atividades agrárias[1], por tanto, o emprego da Lei Geral de Proteção de Dados, faz-se imprescindível para que as informações dos produtores sejam utilizadas de acordo com as atividades praticadas por cada um deles, sempre primando pela responsabilidade e transparência em relação ao uso de tais informações.

Importante salientar que esse maior volume de informações através da agricultura digital e o uso de dados no campo para o manuseio da agricultura de precisão, podem trazer benefícios ao meio ambiente, reduzindo a degradação do solo e culminando em menor impacto ambiental, gerando fazendas mais sustentáveis; e tem a possibilidade de resultar em mais sacas de grãos por hectare, otimizando todo o processo da produção brasileira de

[1] A estimativa do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) é de que cerca de 67% das propriedades rurais brasileiras utilizem algum tipo de tecnologia para agricultura, seja diretamente, no processo produtivo, ou na gestão da fazenda. (BUCK, 2020)

grãos; e, talvez, até conseguindo diminuir os custos da lavoura - um dos aspectos mais importantes, uma vez que a maior parte dos insumos são importados. (BUCK, 2020)

Observa-se que, com o sistema digital invadindo o campo, a necessidade da gestão de riscos passa a ser um novo item na agenda da empresa rural. A gestão é uma atividade que envolve a observação, o planejamento e a organização de vários setores da empresa, como financeiro, humano e negocial. Afinal, as incertezas ensejam a criação de riscos e oportunidades, estando a gestão de riscos ligada com a criação e preservação do valor do negócio. (SCHULTZ, 2020)

Nesse sentido, a gestão de riscos e *compliance* promove o controle das operações e propõe a regulamentação das atividades, buscando sempre que a empresa se adeque conforme aquilo que determina a lei. A prioridade deve ser a transparência, a padronização dos processos e a otimização dos recursos financeiros. (SCHULTZ, 2020)

No agronegócio a proteção das informações, a revisão de processos de controles internos, o gerenciamento de riscos *utilizado pela compliance, objetiva o planejamento, organização e controle de riscos existentes em uma organização ou produção de uma atividade específica, visando amenizar ou até mesmo, evitar resultados inesperados, e ainda, a elaboração de novas cláusulas contratuais envolvendo dados pessoais ou sensíveis, objetivando, tanto a proteção dos produtores quanto dos seus colaboradores e consumidores*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar a pretensão inicial acerca das elucidações no que cerne os benefícios abordados pela Lei Geral de Proteção de Dados, aplicada ao agronegócio, com a verificação a respeito da análise e a interpretação de significativos volumes de dados relativos à atividade agrícola.

Transcorreu-se esclarecimentos na parte do armazenamento de dados pela empresa rural, destacando assim, a habitualidade da coleta de dados e informações de diversos seguimentos do conjunto do agronegócio, podendo ser também denominado como *players* da cadeia de consumo.

A relevância da legislação referente as informações coletadas no agronegócio e a proteção quanto captação e armazenamento destas informações. Esclareça-se que as referidas informações são relativas aos produtores rurais, seus colaboradores, consumidores, dados de produção, revenda de produtos e insumos agrícolas, de armazenagem, entre outros, podendo então, serem utilizados por organizações parceiras das empresas rurais e, por esta razão, evidencia-se ainda mais a importância do emprego e regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados neste meio.

A evolução de maquinários, aliada às pesquisas que focam na adoção de ferramentas tecnológicas no campo, podem contribuir diretamente na gestão da fazenda e nos custos de produção. No entanto, é preciso ressaltar que as ferramentas e plataformas de agricultura

digital não só beneficiam o uso localizado de insumos (agricultura de precisão), como auxiliam para melhorar o monitoramento da propriedade rural e o controle do processo produtivo como um todo.

Todas essas soluções de processamento de dados visam facilitar a atividade da empresa rural. Com essa infinidade de recursos, os produtores podem cruzar informações sobre o histórico da fazenda, como a data de início da semeadura, os produtos utilizados na pulverização e a produtividade colheita, para a tomada de decisão sobre quais insumos devem ser comprados na próxima safra, bem como quais manejos deverão ser realizados, por exemplo. É possível, ainda, corrigir possíveis erros durante as operações com o maquinário, a exemplo de uma pulverização mal realizada, semeadora com problemas no plantio, entre outros.

Os dados coletados pelos dispositivos que englobam a agricultura digital podem ser usados para proporcionar mais eficiência à agricultura de precisão e, colaborar para a longevidade e a sustentabilidade da propriedade rural.

Todos esses avanços tecnológicos e digitais trazem consigo a necessidade da responsabilidade com os dados coletados pela empresa rural e, a LGPD proporciona uma normativa nesse sentido. A proteção das informações da empresa rural juntamente com a revisão de processos de controles internos e o gerenciamento de riscos acarreta benefícios não só para o empresário rural, mas também para a sustentabilidade do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BEAUCLAIR, Fabiana Amaral; FARIA, Gabriel Togeiro Bastos Godoy de. A LGPD é uma forma de proteção do agronegócio ante o avanço da tecnologia. 5 de março de 2021, 6h36. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/opiniao-lgpd-forma-protecao-agronegocio Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 84.271, de 6 de maio de 1980**. Dispõe sobre o Imposto sobre Propriedade Territorial Rural – ITR e dá outras providências. Regulamento a Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d84685.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 84.685, de 6 de maio de 1980**. Regulamento a Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979, que trata do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d84685.htm Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990**. Conversão da Medida Provisória nº 167, de 1990. Altera a legislação do Imposto de Renda sobre o resultado da atividade rural, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8023.htm Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995**. Dispõe sobre a alteração da legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9250.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 25 ago. 2021.

BUCK, Guilherme. **Agricultura digital**, agricultura 4.0 e agricultura de precisão o que é? Apr 24, 2020. Disponível em: https://blog.climatefieldview.com.br/agricultura-de-precisao-e-agricultura-digital-4-0-e-a-mesma-coisa Acesso em: 26 ago. 2021.

BURANELLO, Renato Macedo. **Sistema privado de financiamento do agronegócio**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 30.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial:** direito de empresa. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CONJUR. LGPD: diferenças no tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Publicado em 6 de março de 2021, às 16:12 horas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/fleming-diferencas-tratamento-dados-pessoais-sensiveis. Acesso em: 20 ago. 2021.

COSTA, José Raimundo dos Santos. **O Empresário Individual**. vol. 9. nº 19. Recife: in Revista da ESMAPE – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, 2004.

COSTA, Matheus Bigogno. **O que é software?** Entenda o significado. 10 de Agosto de 2020 às 17h00. Disponível em: https://canaltech.com.br/software/o-que-e-software/ Acesso em: 25 ago. 2021.

DANTAS, Tiago. **Hardware e Software**. Disponível em: https://mundoeducacao.uol.com.br/informatica/hardware-software.htm Acesso em: 25 ago. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** Direito de empresas. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 45.

DUPIM, Tiago**. Quem é o dono do dado?** Publicado em 17 de dezembro de 2020. Disponível em: https://plantproject.com.br/2020/12/quem-e-o-dono-do-dado/. Acesso em: 18 ago. 2021.

FIOCRUZ. **Os impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia**. Observatório Covid 19: informação para ação. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia Acesso em: 25 ago. 2021.

FREITAS, Nelson Adriano de. **A LGPD e a pandemia**. 28 de abril de 2020. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/325556/a-lgpd-e-a-pandemia Acesso em: 25 ago. 2021.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital:** transformação digital: desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

IPESE DIGITAL. **Menos de 40% das empresas demonstram estar em conformidade com a LGPD**. Publicado em 1 de março de 2020. Disponível em: https://ipesi.com.br/menos-de-40-das-empresas-demonstram-estar-em-conformidade-com-a-lgpd/. Acesso em: 19 ago. 2021.

KUVIATKOSKI, Carol. **Inovação Disruptiva:** O que é e por que seu negócio precisa conhecê-la? Publicado em: 3 de julho de 2018. Disponível em: https://www.ideianoar.com.br/inovacao-disruptiva/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=traktor_conteudo&utm_term=inovacao_disruptiva&gclid=CjwKCAjw95yJBhAgEiwAmRrutMmQYmziMiWZ64rO1RDJ9yW0HoHKiZRSOcftzTHsx470LMkR2ozTCRoCN-EQAvD_BwE Acesso em: 26 ago. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck**. Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito do agronegócio**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHULTZ, Félix. **Compliance e gestão de riscos:** o que é e porque você deve implementar. 25 de agosto de 2020. Disponível em: https://blog.milvus.com.br/compliance-gestao-riscos/ Acesso em: 26 ago. 2021.

SIAGRI. **LGPD no agronegócio:** como estar em conformidade? Publicado em 3 de março de 2020. Disponível em: https://www.siagri.com.br/blog/lgpd-no-agronegocio/. Acesso em: 18 ago. 2021.

SYKUTA, Michael E. **Big Data in Agriculture:** Property Rights, Privacy and Competition in Ag Data Services. Jun 15 2016. Disponível em: https://ageconsearch.umn.edu/record/240696/ Acesso em: 26 ago. 2021.

SERRA, Ana Paula. **Os reflexos da lei geral de proteção de dados no agronegócio**. Publicado em 18 de junho de 2021. Disponível em: https://direitoagrario.com/os-reflexos-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-no-agronegocio/. Acesso em: 18 ago. 2021.

A (IN)EXISTÊNCIA DE DISCREPÂNCIA ENTRE O ARTIGO 57 DA LEI 11.101/05 E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Alessandra Biasus[1][1]
Charlyze Rossetto[2]
Daniel Cardoso[3]
Gabriela Capistrano Favero[4]

RESUMO: Os princípios da Função Social da Empresa e o da Preservação da Empresa são extremamente importantes. Eles auxiliaram nas modificações e na formulação da Lei nº 11.101/2005, que regulamenta o procedimento da Recuperação Judicial. Além disso, foi mencionado neste trabalho sobre o procedimento da Recuperação Judicial e a controvérsia no artigo 57 da Lei nº 11.101/2005 em relação à exigência de Certidão Negativa de Débitos fiscais, parcelamento específico do passivo fiscal das companhias em Recuperação Judicial. Essa controvérsia foi resolvida com as decisões do Supremo Tribunal de Justiça, juntamente com os princípios da ordem econômica, valorização do trabalho humano e livre iniciativa, os quais estão garantidos pela Constituição Federal em seu art. 170 caput. Outrossim, o método de pesquisa do presente estudo é o experimental, onde busca-se determinar um objeto de estudo, analisá-lo e observar seus efeitos. Além disso, a técnica de pesquisa é a bibliográfica, cujo objetivo é conhecer e analisar as principais contribuições teóricas sobre o tema escolhido.

Palavras-chave: Certidão Negativa de Débitos fiscais. Créditos Tributários. Lei nº 11.101/2005. Parcelamento de tributos. Preservação da Empresa. Recuperação Judicial.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, entende-se como empresa a atividade profissional, de livre iniciativa, realizada pelo empresário ou sociedade empresária, de forma economicamente organizada com a finalidade de produção de bens e serviços, com o propósito final de gerar lucro.

Nesse sentido, as empresas são muito importantes para a sociedade, porém, elas enfrentam muitas dificuldades, logo, para solucionar alguns problemas modificou-se o textoda Lei de 1945. Assim, a nova lei 11.101/05 tem como intuito proteger a empresa e

[1] Especialista em Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Erechim, advogada e professora da disciplina de Direito Empresarial III na URI – Câmpus de Erechim.
[2] Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail*: charlyzemichelly@gmail.com.
[3] Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail*: 062577@uricer.edu.br
[4] Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail*:faverogabi00@gmail.com.

diminuir as chances de decretar falência.

A palavra falência, exprime a impossibilidade de o devedor arcar com a satisfação de seus débitos, diante da impotência de seu patrimônio para a geração de recursos e dos meios necessários aos pagamentos devidos. (CAMPINHO, 2010).

Além disso, a falência de uma empresa afeta toda a sociedade, como menciona Fábio Ulhôa Coelho:

> A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação das atividades satélites e problemas sérios para a economia regional ou, até mesmo, nacional. Por isso muitas vezes o direito se ocupa de criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa. (COELHO, 2011).

Anteriormente, na Lei antiga, existia o instituto da Concordata, a qual ajudava os empresários com dificuldade para adimplir os seus débitos, evitando a decretação de falência.

Atualmente a Lei 11.101/2005 trouxe uma preocupação com a manutenção da função social da empresa. Nessa Lei, o empresário ou a sociedade empresária podem recorrer a Recuperação Judicial para negociar suas dívidas. Sérgio Campinho menciona que:

> A Recuperação Judicial trata-se, na prática, de um Somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário -, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores."(CAMPINHO, 2010).

Porém, a Lei nº 11.101/2005, possuía controvérsias com o Código e Tributário, e ainda, solicitava a Certidão Negativa de Débitos Fiscais, para analisar se as empresas estavam em dia com os seus tributos.

Contudo, essa questão trouxe ineficácia para a Lei de Recuperação Judicial, pois os empresários que pediam esse auxílio não tinham os tributos em dia e então não podiam ser auxiliados pela Recuperação.

DESENVOLVIMENTO

Atividade empresarial é uma atividade econômica e lucrativa realizada comhabitualidade, profissionalismo e de forma organizada, desde que não seja intelectual, científica ou artística e não seja realizada por cooperativa. (MARTINS, 2017).

Os princípios gerais que norteiam a atividade empresarial no país, são garantidos pela Constituição Federal em seu art. 170 caput, sendo eles, ordem econômica, valorização do trabalho humano e livre iniciativa:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (BRASIL, 1988).

Para manter a empresa com fulcro no princípio da função social da empresa, é necessário respeitar os seguintes princípios:

1. Princípio da Dignidade Empresarial: A empresa deve ser administrada com equilíbrio e sem nenhum abuso econômico.

2. Princípio da Boa-Fé Empresarial: Deve-se contratar de forma justa, observando a justiça contratual.

3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: "O que tem um preço pode ser substituído por alguma coisa equivalente; o que é superior a todo preço e, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma dignidade'. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ela 'não obedece a nenhuma lei que não seja instituída por ele mesmo'. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço […]". (QUEIROZ, 2005).

Além disso, esses princípios asseguram uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Nesse sentido José da Silva Pacheco ressalta:

> Tanto o empresário, pessoa natural, quanto a sociedade empresária, exercem atividade organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviços, que compreende um complexo envolvente de múltiplos interesses, convergentes não só no êxito empresarial, mas também à função social da empresa, em consonância com o bem comum, a ordem pública, os interesses gerais da coletividade, o bem- estar social e a ordem econômica, nos termos preconizados pelos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal, tendo em vista a justiça social. Portanto, deve ser, tanto quanto possível, preservada e mantida, motivo pelo qual a Lei nº 11.101, de 2005, instituiu a recuperação com o objetivo de resguardá-la dos males

> conjunturais e mantê-la em benefício de todos. (PACHECO, 2007).

Outrossim, a Lei nº 11.101/2005 antes de decretar a falência da empresa, permite que a empresa tenha a oportunidade de recuperar-se, buscando a conservação da atividade empresarial, com fulcro no princípio da preservação da empresa que está previsto no artigo 47 da Lei 11.101/05:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005).

O artigo mencionado retro mostra a importância da empresa para os interesses coletivos da sociedade, Manuel Justino Bezerra Filho assevera o seguinte:

> A entrada em vigor da nova lei de recuperação judicial visa à manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível. (...) a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os 'interesses dos credores'. (BEZERRA FILHO, 2007).

Assim, entende-se que a lei busca favorecer a sociedade e não o empresário.

Nesse teor, dispõe a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] É inegável que o comércio possua o condão de gerar renda, emprego, arrecadação de tributos e, portanto, não pode ser tutelado apenas no interesse de credores particulares. Ao revés, a proteção jurídica do empresário deve ter em mira aspectos outros, notadamente aqueles de cunho social, eis que o empresário não exerce sua atividade em seu exclusivo interesse. Assim, não se pode desconsiderar a importância da atividade empresarial para a sociedade como um todo, é inviável supor que todo e qualquer crédito possa servir de suporte ao pedido falimentar.(BRASIL,.STJ, 2013).

O Princípio da Função Social da Empresa é muito importante para a sociedade, já

que com ele, os interesses da sociedade em geral são colocados em primeiro lugar e em seguida leva-se em consideração os interesses dos empresários. Além disso, cumpre sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal (COELHO, 2012, p. 81).

Por outro lado, a empresa por ser uma atividade funcional, a qual contempla os interesses dos empresários, funcionários, comunidade, Estado, etc. Assim, possui parâmetros objetivos para a construção dos deveres inerentes à função social, como a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente. (INSTITUTO FORMULA, 2021).

Outrossim, em relação a Defesa do Consumidor, os empresários devem desenvolver serviços de maior qualidade e segurança para a sociedade e assim protegendo os direitos dos consumidores, ou seja, esse princípio da defesa do consumidor, significa que a produção deve estar a serviço do consumo e não este a serviço daquela. (MIRANDA, 2017).

Já no sentido do meio ambiente, os recursos não podem ser usados de forma irresponsável, colocando-se como prioridade a busca do desenvolvimento econômico. Devem ser utilizados de forma sustentável, com desenvolvimento econômico e equilíbrio ecológico. Logo, entende-se que uma natureza sadia é um limite à atividade econômica e também sua condição de exercício. Além disso, o Código Civil de 2002, estabeleceu que o exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social. Nesse sentido Eduardo Tomasevicius Filho (2003) afirma que não faz sentido imaginar que uma empresa não está obrigada a cumprir com os deveres positivos e negativos decorrentes da função social da sua atividade por inexistência de dispositivo legal expresso.

Logo, conclui-se que a função social da empresa é o dever dos empresários de obedecer às leis impostas, sem prejudicar o meio-ambiente, empregados e a sociedade em geral. Também, é o dever de pagar impostos e em sentido amplo o dever do empreendedor de realizar uma atividade empresarial, gerar empregos, arrecadação para o Estado e desenvolvimento econômico em geral. (ROCHA LEONARA, 2020).

Contudo, na recuperação judicial é possível que o devedor ajuíze o pedido de Recuperação Judicial, postulando o requerimento junto ao juízo competente, atendendo aos requisitos formais impostos pelo legislador. Essas formalidades necessitam que o devedor exponha as razões que criaram a crise econômica, apresente sua situação patrimonial e a discriminação de todos os débitos existentes à data do pedido. (BENEVIDES, 2017).

Além disso, no artigo 49 da Lei 11.101/2005 é mencionado que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos:

> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
> § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.
> § 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.
> § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.
> § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.
> § 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.
> § 6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos.
> § 7º Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965.
> § 8º Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo.
> § 9º Não se enquadrará nos créditos referidos no **caput** deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido

> de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias. (BRASIL, 2005).

Logo, os créditos constituídos posteriormente ao pedido de Recuperação Judicial não estão sujeitos ao procedimento. Isso impossibilita que o plano de recuperação seja alterado. Nesse sentido, Sérgio Campinho (2010) conclui que:

> Não tem sentido eliminar-se empresa viável, cuja aferição resulta da aprovação do Plano de Recuperação formulado pelo devedor e aceito por seus credores, pela simples ausência de apresentação de certidões negativas. É dever do Estado evitar o fim da atividade economicamente capaz de produzir dividendos sociais. Mais do que isso: é seu dever contribuir para a preservação dos agentes econômicos capazes e viáveis. [...] Lamentável que nossa legislação não imponha ao Estado uma dose de sacrifício na recuperação, ficando ele incólume aos efeitos do Plano de Recuperação. (CAMPINHO, 2010).

Depois que ingressado o pedido de Recuperação Judicial, o juiz avalia se a empresa corresponde aos requisitos formais, se apresentou a documentação necessária e se há de fato a possibilidade de uma reestruturação e recuperação da capacidade produtiva e econômica da empresa. A decisão procedente já nomeia o administrador judicial que auxiliará no que for necessário (GUIMARÃES, 2018).

Após a apresentação do plano de recuperação, o juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo de trinta dias para a manifestação de eventuais objeções (art. 53, § único, Lei 11.101/2005). Não havendo manifestação contrária ao plano apresentado e preenchidas as exigências legais, o plano de recuperação será aprovado tacitamente (art. 58 da Lei 11.101/2005). Em havendo objeção por algum credor, será convocada assembleia geral de credores para deliberação sobre o plano de recuperação apresentado (art. 56 da Lei 11.101/2005), podendo este ser modificado antes, ou mesmo durante, o conclave. Os credores também podem apresentar plano de recuperação alternativo, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes (art. 56, § 3º da Lei 11.101/2005).(GUIMARÃES, 2018).

Caso haja a aprovação do plano de recuperação implica na novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos (art. 59 da Lei 11.101/2005), nos termos das cláusulas dispostas em seu conteúdo. Os credores posteriores ao pedido de recuperação judicial não estão submetidos ao plano e podem se valer de todos os meios de direito para a satisfação de seus créditos, inclusive o requerimento de falência (GUIMARÃES, 2018).

Contudo, a rejeição do plano de recuperação, em assembleia geral de credores, terá

por consequência a falência do devedor (art. 73, III da Lei 11.101/2005). Antes, porém, deve o juiz verificar se foi alcançado o quórum alternativo *cram down* (Ayoub, *et al,* 2017), disposto no art. 58, § 1º da Lei 11.101/2005. Ou seja, acarretará na aprovação do plano, mesmo que rejeitado pelos credores. Não se olvide também que o controle da legalidade e abuso de direito do voto de algum credor se efetua nesse momento, podendo acarretar na aprovação do plano, após a desconsideração do voto abusivo proferido. (GUIMARÃES, 2018).

Por outro lado, há uma questão não resolvida na Lei de Falências e Recuperação Judicial que diz respeito ao passivo fiscal do empresário ou sociedade empresária em crise, pois a Lei 11.101/2005 tem controvérsias com o Direito Tributário. Por esse motivo a Lei Complementar nº 118/2005, foi sancionada com a Lei 11.101/2005 (Guimarães, 2018). Logo, para validar o art. 57 da Lei de Recuperação Judicial e Falências foi introduzido o art. 191-A ao Código Tributário Nacional, o qual garantiu ao crédito tributário a concessão da Recuperação Judicial com à apresentação de certidões negativas que comprovassem a regularidade fiscal da empresa verdadeira:

> Art. 57. da Lei 11.101/2005: Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia- geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.
>
> Art. 191-A Lei Complementar de nº 118/2005. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei." (BRASIL, 2005.)

Obrigando no processo de Recuperação Judicial a apresentação de certidões negativas que comprovassem a regularidade fiscal da empresa. Além disso, o art. 68 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, foram acrescidos os §3º e 4º ao art. 155-A do Código Tributário Nacional, através da Lei Complementar de nº 118/2005, o art. 151, o qual permite o parcelamento dos tributos do devedor na Recuperação Judicial:

> Art. 155-A da Lei Complementar de nº 118/2005.
>
> § 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.
>
> § 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica." (NR)(BRASIL, 2005).

Quando a empresa está em recuperação judicial, os tributos ficam isentos e os tributos já vencidos poderão ser parcelados. Por isso, a lei previu o art. 68 da Lei de

Falências e Recuperação de Empresas:

> Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - (BRASIL, 2005).

Em consonância, o Código Tributário Nacional publicou:

> Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (…)
> § 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.
> § 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, o prazo de parcelamento ser inferior ao concedido pela lei federal. (BRASIL, 1966).

Ou seja, a Lei 11.101/2005 possibilita o parcelamento específico para os créditos tributários. Além disso, quando a empresa não está indo bem, normalmente a primeira coisa que ela para de pagar são os tributos, por isso deve apresentar as Certidões Negativas de Débitos Fiscais. Então torna-se inviável solicitar essa Certidão, já que uma empresa que solicita a recuperação provavelmente não está com os seus tributos em dia. (Gonçalves, 2020).

Como mencionado anteriormente, o próprio artigo 57 da Lei de Recuperação Judicial e Falências solicitava as Certidões Negativas de Débitos Fiscais para conceder o pedido. Mas, a exigência dessa certidão, torna inviável a Recuperação judicial. (Gonçalves, 2020).

Além disso, somente a Fazenda Pública pode conceder remissões com a lei, restando impossível a negociação de pagamento de tributos no plano de recuperação. Por esse motivo, os débitos fiscais estão fora da recuperação judicial. (Gonçalves, 2020).

O Recurso Especial nº 1.187.404/MT afastou a exigência da certidão negativa de débitos, veja-se:

> DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS ERECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação

judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". 2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação. 4. Recurso especial não provido. Até 2013 tinha-se que nenhuma empresa em Recuperação Judicial, em todo o país, que obteve aprovação ao seu Plano de Recuperação Judicial, conseguiu obter a Certidão Negativa de Débitos fiscais. No cenário econômico-social brasileiro, negar a dispensa da certidão seria negar a própria Lei de Falências. “Exigir certidões negativas como condição para conceder a Recuperação Judicial é o mesmo que sepultar de vez o novel instrumento normativo que veio à luz para substituir a antiga lei de falências e concordatas, a fim de se adequar à nova realidade econômica do país”. Supondo que assim fosse aplicando-se o art. 57 em sua literalidade, a não concessão da Recuperação Judicial diante da ausência de Certidões Negativas ou Certidões Positivas com efeito de Negativas, não surtiria nenhuma validade ao Plano de Recuperação Judicial devidamente aprovado em Assembleia pela maioria dos credores e restaria sem nenhum efeito o trabalho até então desenvolvido. Ainda, tem-se o aspecto da lacuna da edição da regulamentação do parcelamento dos créditos tributários. Então, suspendeu-se a exigência de Certidão Negativa de Débitos até que fosse editada a lei e estabelecido os procedimentos da situação dos créditos tributários na Recuperação Judicial. Nesse contexto, visando conferir operacionalidade a Recuperação Judicial, firmou-se o entendimento de que seria desnecessária a comprovação de regularidade tributaria, nos termos do art. 57 da lei 11.101/2005 e do art. 191-A do Código Tributário 17 Recurso Especial nº 1.187.404 - MT (2010/0054048-4) - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - 19/06/2013. Fátima Nancy Andrighi, Sidinei Beneti, Carlos Henrique Abrão (coordenadores). (BRASIL, STJ, 2010)

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segue entendendo ser desnecessária a apresentação de certidão de débito fiscal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMPRESA EM

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS. APRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE.1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. De acordo com o art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato, determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 da mesma Lei. 3. O Tribunal de origem, mediante o prestígio ao princípio da preservação da empresa em recuperação judicial (art. 47 da Lei n. 11.101/2005), autorizou a agravada a participar de procedimento licitatório, independentemente da apresentação de certidão negativa de regularidade fiscal, em razão do fato de estar submetida ao regime da recuperação judicial, observados os demais requisitos estabelecidos no edital, entendendo que "parece ser inexigível qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade, seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público". 4. A Corte Especial do STJ firmou a compreensão de que o art. 47 da referida lei serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica" (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013). 5. A Segunda Seção desta Corte Superior, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, tem reconhecido a desnecessidade de "apresentação de certidão negativa de débito tributário como pressuposto para o deferimento da recuperação judicial" (AgInt no AREsp 1185380/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018, e AgInt no AREsp 958.025/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 09/12/2016). 6. Este Tribunal "vem entendendo ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público" (AgRg no AREsp 709.719/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 12/02/2016). 7. A inexigibilidade de apresentação de certidões negativas de débitos tributários pelas sociedades empresárias em recuperação judicial, para fins de contratar ou continuar executando contrato com a administração pública, abrange, por óbvio, participar de procedimentos licitatórios, caso

> dos autos.8. Ao examinar o tema sob outro prisma, a Primeira Turma do STJ, mediante a ponderação equilibrada dos princípios encartados nas Leis n. 8.666/1993 e 11.101/2005, entendeu possível relativizar a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar de certame licitatório, desde que demonstrada, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018).9. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (BRASIL, STJ, 2018)

Assim, basta apenas convocar a Fazenda Pública para que conceda o parcelamento dos débitos fiscais. (Guimarães, 2018).

Os parcelamentos abrangem a totalidade dos débitos, inscritos ou não em dívida ativa. Ainda, a Constituição Federal no artigo 150 menciona que:

> Art. 150- O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º LIV). (BRASIL, 1988)

Assim, a possibilidade de não apresentar a certidão trouxe mais facilidade para a concessão do benefício de recuperação judicial, além da possibilidade de parcelar os tributos vencidos. Com certeza, tais possibilidades, impediram que houvessem muitas decretações de falência. Trazendo mais eficácia para a Lei 11.101/2005. (GONÇALVES, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente trabalho que os princípios da função social da empresa e o princípio da preservação da empresa são muito importantes e eles estão sempre auxiliando para que as leis fossem modificadas para não precisar fornecer a Certidão Negativa no processo de recuperação judicial. Além disso, a Fazenda Pública possui interesse na recuperação da empresa, pois caso o contrário ocorra, seu crédito estaria sujeito ao concurso universal, o que possivelmente ocasionaria o inadimplemento efetivo dos tributos.

Além disso, o presente estudo tratou das características do processo de Recuperação Judicial e as características da Lei 11.101/2005. Também, analisou os créditos tributários relacionados com o artigo 57 da LF e do artigo 191-A do Código Tributário Nacional.

Os critérios para ser aprovada a Recuperação Judicial são o requerimento junto ao juízo competente, o devedor deve expor as razões que criaram a crise econômica, apresentar sua situação patrimonial e a discriminação de todos os débitos existentes à data

do pedido.

Assim, será realizado o plano de recuperação, onde o juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano, fixando o prazo de trinta dias para a manifestação de eventuais objeções. Assim sendo, Não havendo manifestação contrária ao plano apresentado e preenchidas as exigências legais, o plano de recuperação será aprovado tacitamente, havendo objeções, será convocada assembleia geral de credores. Além disso, os credores também podem apresentar plano de recuperação alternativo, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Se aprovado, os credores posteriores ao pedido de recuperação judicial não estão submetidos ao plano e podem se valer de todos os meios de direito para a satisfação de seus créditos, inclusive o requerimento de falência.

Contudo, a rejeição do plano de recuperação, em assembleia geral de credores, terá por consequência a falência do devedor. Outrossim, conclui-se que a certidão negativa de créditos fiscais não é necessária para a concessão da Recuperação Judicial, uma vez que as empresas em situação de decadência dificilmente estão com seus tributos em dia. Assim, com a concessão da Recuperação Judicial, a empresa continua funcionando, mantendo empregos e parcelando seus débitos, consequentemente, o Estado continua arrecadando direta e indiretamente.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; Gen; FGV Direito RIO, 2017.

BENEVIDES, Marcello. Como funciona o processo de recuperação judicial. **Marcello Benevides Advogados Associados.** Disponível em: https://marcellobenevides.com/como-funciona-recuperacao-judicial/. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo. 4.ª Ed. São Paulo: RT, 2007. p. 123.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. UYEDA, Massami. Recurso Especial N° 1.089.092 – SP (2008/0203816-1). Disponível em: http://www.stj.gov.br. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 6.404,** de 15 de dezembro de 1976. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8 p 1- 74.

BRASIL. **Lei n. 11.101,** de 9 de fevereiro de 2005. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8 p 1- 74.

BRASIL. Tribunal de justiça de Minas Gerais (TJ-MG - AI: 10382120174364007 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 25/03/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/04/2014)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ - REsp: 1187404 MT 2010/0054048-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2013, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 21/08/2013)

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro Gurgel de Faria, primeira turma, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018).

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: O novo regime da insolvência empresarial. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, Pág. 9.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: O novo regime da insolvência empresarial. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, Pág. 3.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: O novo regime da insolvência empresarial. 5ª Edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Pág 176/177. 29

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 26.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 114.STJ –Resp: 1173735 RN 2010/0003787-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 22/04/2014, Quarta Turma, Data de publicação DJ 09/04/2014.

GONÇALVES, João Paulo. A inclusão do débito fiscal no plano de recuperação judicial de empresa. **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/334922/a-inclusao-do-debito-fiscal-no-plano-de- recuperacao-judicial-de-empresa. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP.** Recuperação Judicial - plano de recuperação judicial. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/215/edicao-1/recuperacao-judicial---plano- de-recuperacao-judicial. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

Instituto Fórmula. Direito Empresarial- Princípios. Disponível em: https://www.institutoformula.com.br/direito-empresarial-principios/#:~:text=Livre%20Iniciativa,da%20Rep%C3%BAblica%20Federativa%20do%20Brasil%3A&text=Direito%20de%20Empresa. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

MARTINS, Fernando Pereira. O que é atividade empresarial? **Martins Sociedade Individual de Advocacia**, 2017. Disponível em: https://ivofpmartins.com.br/o-que-e-atividade-empresarial. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Estado de Direito.** Os princípios consagrados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/os-principios-consagrados-no-codigo-de-protecao-e-defesa-consumidor1/. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

PACHECO, José da Silva - **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência.** Ed. Forense. 4ª Ed., Pág. 113. 16 BEZERRA FILHO, Manuel Justino.
Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. Pág. 135.

PACHECO, José da Silva - Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Ed. Forense. 4ª Ed., Pág. 113.

QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7069. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

ROCHA, Leonara. **Jota.** A função social da empresa em tempos de Covid-19. Disponível em:https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-funcao-social-da-empresa-em-tempos-de-covid-19-04042020. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

OBSCURIDADE DA LEI PENAL: UM COMPARATIVO DA OBRA DE BECCARIA

Eduarda Bragagnolo de Christo[1]
Gabriele de Quadros[2]
Ianko Bombana Bernstein[3]
Andrey Henrique Andreolla[4]

RESUMO: O intervalo entre os séculos XVI a XVIII marcou-se por ser um período no qual se destacou o absolutismo monárquico, sendo essa uma época marcada por uma sociedade que beneficiava a burguesia, o clero e a nobreza. Nessa toada, quem detinha em mãos as leis e o poder de criá-las eram esses grupos sociais. Em contraposição, a partir do século XVIII surge o período das luzes, ou período iluminista. Esse período fundamenta-se nas ideias de humanismo das leis penais e de acessibilidade a essas. Cesare Beccaria é um dos principais expoentes deste período, tal pensador criticava a obscuridade das leis penais e a não acessibilidade às mesmas. Nesse sentido, tal artigo tem por objetivo salientar como eram essas leis antes e após o período iluminista, bem como fazer um comparativo com os dias atuais de como os doutrinadores e a jurisprudência entende o não conhecimento das leis. Essa pesquisa foi realizada em sites, artigos e jurisprudências. Baseando-se nisso, percebeu-se com esta análise que os doutrinadores entendem que é vigente o não conhecimento das leis penais no país, já a jurisprudência, não reconhece o não conhecimento das leis como fator de absolvição de penas.

Palavras-chave: Absolutismo. Cesare Beccaria. Iluminismo. Leis Penais. Obscuridade das leis.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de fazer uma comparação da obra de Cesare Beccaria *Dos Delitos e das Penas* com a evolução da não-obscuridade da lei penal através do tempo, fazendo-se uma comparação desde o período da República Romana, quando surge, em 462 a.C a propositura de uma compilação de leis em um código legal pelos plebeus romanos que lutaram pelo direito de acessibilidade as leis, já que eles eram os que mais sofriam com a crueldade das leis dessa época, sendo aplicadas pelos patrícios (JUNIOR, 2013).

Desta maneira, o presente artigo perpassa pelo período pré-iluminista, período no qual as leis eram extremamente cruéis e arcaicas, tal período é chamado de absolutismo,

[1] Acadêmica em Direito, 4º semestre, URI Câmpus de Erechim, eduardabragagnolo@hotmail.com.
[2] Acadêmica em Direito, 4º semestre, URI Câmpus de Erechim, dequadros88@gmail.com.
[3] Acadêmico em Direito, 4º semestre, URI Câmpus de Erechim, iankobernstein@gmail.com.
[4] Professor. Mestre em Ciências Criminais. Advogado. Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS, andreyandreolla@uricer.edu.br.

pois quem redigia e ditava as normas eram os monarcas. Muitas vezes, seres humanos eram condenados a pena de morte sem mesmo passarem por um processo adequado, pois na época, esse processo era privado, ou sem nem mesmo terem provas concretas de que o indivíduo era realmente culpado pelo fato ocorrido. Nesse período, eram utilizadas as ordálias, aqui, invocava-se a ajuda de Deus para descobrir se o indivíduo era ou não criminoso, nesse sentido, uma espécie de ordália utilizada era o duelo com armas pelos litigantes, outra prática comum, era jogar o acusado dentro de um caldeirão com água fervendo, assim, se o indivíduo saísse sem sequelas, era considerado inocente. (DIDIER, 2016)

Após esse período, surge o período iluminista, que ecoa a voz do atemporal Cesare Beccaria, que em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, marco fundamental ao direito universal, faz críticas ao sistema cruel de leis da época e a não acessibilidade da população as leis penais. Este trabalho, tem a finalidade de adentrar o capítulo V da obra de Beccaria, capítulo esse em que o autor faz uma ferrenha crítica à não disponibilidade das leis para os cidadãos. Farar-se-á uma linha do tempo histórica até os dias atuais, relacionando-se com a Declaração dos Direitos Humanos em 1948 e com a lei 12.527 de 2012 que aborda o direito fundamental dos brasileiros em ter acesso às informações públicas, sendo mister para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o artigo ainda tratará do entendimento dos principais doutrinadores brasileiros sobre o desconhecimento da lei penal pela população brasileira, bem como, será exposto casos tratados pela jurisprudência que manifestaram o não conhecimento da lei penal.

O principal objetivo desta obra é entender, a partir da obra do iluminista Cesare Bonesama, Marquês de Beccaria se a obscuridade da lei penal ainda é vigente nos dias atuais, como os doutrinadores entendem o não conhecimento das leis penais pela população e o que a jurisprudência alega em casos que foram utilizados para a defesa o não conhecimento da lei penal. A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi a pesquisa bibliográfica em doutrinas, bem como, em artigos referentes à temática e em jurisprudências dos tribunais de justiça.

DA LEI DAS DOZE TÁBUAS AO DIREITO ATUAL: A EVOLUÇÃO DA NÃO-OBSCURIDADE DA LEI

Na República Romana, as leis eram aplicadas pelos pontífices e representantes dos patrícios, que as guardavam em segredo. Nesse tempo, as leis eram aplicadas contra os plebeus. Por esse motivo, um plebeu chamado Terentílio propôs em 462 a.C. que as leis fossem compiladas e publicadas em um código legal oficial. Essa iniciativa visava permitir que os plebeus também conhecessem as leis com a finalidade de coibir os abusos que eram feitos pelos pontífices e patrícios. (JUNIOR, 2013).

A lei das doze tábuas, reúne sistematicamente todo o direito que era praticado na época, contém uma série de definições sobre direito privado e procedimentos, considerando a família e rituais para negócios formais. A criação da lei das doze tábuas representou a luta dos plebeus romanos, bem como, foi o primeiro documento legal a oficializar o direito romano, onde se estruturaram todos os corpos jurídicos do ocidente (JUNIOR, 2013).

Vale-se ressaltar que, no mundo ocidental, a ordália foi introduzida como prova judicial de uso sistemático após a queda do Império Romano. Foi no período da Alta Idade Média (séculos V a XI) que houve a maior incidência das ordálias por conta da inexistência de um Estado forte e de instituições judiciais desenvolvidas (DIDIER, 2016).

Nesse sentido, os ritos processuais da época eram privados. O ofendido ou seu parente faziam uma acusação sob juramento ao juiz, contra o suspeito. Havendo confissões ou provas, a sentença era dada, mas caso o réu não confessasse era invocada a ajuda de Deus para fornecer a ajuda através da ordália ou ainda, era sugerido um duelo com armas, de natureza judicial entre os litigantes (DIDIER, 2016)

A historiadora Eva Tappan (2005), relata que na teoria era Deus que interfiria nos testes para sempre salvar o acusado, tendo essa interferência divina, o acusado era inocentado. Dentre esses testes, pode-se exemplificar: a ordália pela cruz, a qual o acusador e o acusado tinham que manter o braço levantado, em forma de cruz pelo maior tempo possível, aquele que desistisse era considerado culpado. Outra forma de ordália, era a ordália do cadáver, nesta, o acusado por homicídio deveria colocar a mão sobre o cadáver da vítima. Se ele sangrasse ou aparecesse algum sinal estranho, era a prova que Deus sabia que o acusado era culpado. Por fim, cita-se as ordálias que utilizavam-se de recursos naturais, como mares, rios e lagos, em uma dessas, o acusado era jogado na água e se afundasse era considerado inocente, já aquele que flutuava era considerado culpado.

Já, quando se pensa em Leis Penais antes do período Iluminista, deve -se levar em conta um período marcado por uma realidade absolutista e arcaica que beneficiava alguns grupos sociais dominantes, o clero e a nobreza. Bitencourt, em seu livro *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, conceitua com muita clareza a realidade das Leis Penais e de um modo geral a sociedade da época pré-iluminista:

> [...] As leis em vigor inspiravam-se em ideais e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo. [...] (BITENCOURT, 2012, p. 35).

Desta forma, percebe-se que a escrita das Leis Penais e os julgamentos a partir dela, eram parciais e com extrema força, puniam e repreendiam as camadas sociais mais pobres.

Nota-se nessa época, penas deveras cruéis e desproporcionais, tinha-se a ideia de tortura e sofrimento na aplicação das penas, e as leis, redigidas pelas altas classes, falando a nível europeu, gozavam de proteção e parcialidade.

Bitencourt (2012) leciona que ao analisar-se a história do Direito Penal, das leis e de sua aplicação, percebe-se em toda sua evolução, das fases da vingança: divina e privada, sempre um caráter implícito místico ou religioso na sanção penal, não havia um poder estatal que delimitava penas e sanções, tanto que, a responsabilidade penal individual, passou a ter suas primeiras manifestações apenas com as ideias Iluministas, até então o crime era, antes de tudo um pecado e a pena era para obter o perdão divino.

Nessa perspectiva, verifica-se então, que no período que antecede o Iluminismo as penas eram excessivamente cruéis e com graves lesões corporais e além disso, nota-se um restrito acesso e conhecimento das leis penais, sendo assim, o povo sofria torturas como sanções e desconhecia o que estava escrito e previsto no texto penal. Dessa forma, um problema que desde aquela época permeia a sociedade, é a obscuridade das leis penais. Revoltados com esta situação, e outras inúmeras imposições ao povo que era oposição a ordem monárquica e da Igreja Católica estabelecida, na França eclode a Revolução Francesa de 1789, com a invasão da Bastilha, antiga prisão do século XIV. Os reformadores, iniciam um período chamado de Iluminismo, que tem ideais de cunho mais humanitário no âmbito das leis penais. Um de seus maiores expoentes é, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Beccaria (2015) leciona ideias de penas menos cruéis e degradantes ao indivíduo e faz uma ferrenha crítica ao absolutismo monárquico e a forma da lei e seus julgamentos.

Alguns exemplos da importância de Beccaria é a noção do livre arbítrio ou a proporcionalidade das penas com o delito cometido e delimitado por lei, princípio básico de nosso Direito Penal atual. Outro ponto de destaque é a crítica explícita à escrita das leis, que dificultam o entendimento do povo. A principal obra de Beccaria e da Escola Clássica do Direito Penal, que surge juntamente com o Iluminismo, é *Dos Delitos e Das Penas*. De forma atemporal, Beccaria nesta obra cita

> [...] Enquanto o texto das leis penais não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada pelo povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis. (BECCARIA, 2015, p. 28)

Ao analisar-se o capítulo V da obra de Beccaria, que trata justamente da obscuridade das leis penais, nota-se uma incisiva crítica ao sistema de leis e julgamentos no período que antecede o Iluminismo, visto que, se o povo não tiver um conhecimento das leis e elas serem escritas de uma forma viável à todos, consequentemente a força governamental fica nas mãos dos membros do governo e não no corpo político legal, que é o ideal, para consolidar uma democracia, uma vez que, é mister que as leis sejam alteradas ou excluídas pela

vontade geral, não por interesses particulares. Outro ponto fundamental deste capítulo, é a importância da imprensa para evitar a obscuridade das leis penais, segundo Beccaria, "(...) a utilidade da imprensa, que pode, só ela, tornar todo o público, e não alguns particulares, depositário do código sagrado das leis" (BECCARIA, 2015, P.29) . Com o surgimento da imprensa, tornou-se público, muitos atos que os nobres e o clero praticavam, é graças a esta publicidade que possibilitou uma evolução no âmbito legislativo. Anterior a este surgimento, as classes dominantes e poderosas, mantinham sigilo de seus atos e justamente por isso, o povo era dominado e manipulado, por uma força de um corpo de leis, que era facilmente controlado pela nobreza e pelo clero.

Neste sentido, questiona-se com grande força nesta época a utilização da pena de morte. Analisa-se a ideia de Beccaria sobre a pena de morte, que em suas palavras, "(...) nem útil nem necessária" (BECCARIA, 2015, P.32), este pensamento faz alusão à ideia do contrato social, trabalhado com muita clareza por Jean-Jacques Rousseau em seu livro *Contrato Social* de 1762. O excelente escritor e defensor dos Direitos Humanos Norberto Bobbio, em seu livro *A Era dos Direitos,* compara e analisa as ideias de Beccaria e Rousseau, cita que:

> "Trata-se do chamado argumento contratualista, que deriva da teoria do contrato social ou da origem convencional da sociedade política. Esse argumento pode ser assim enunciado: se a sociedade política deriva de um acordo dos indivíduos que renunciam a viver em estado de natureza e criam leis para se proteger reciprocamente, é inconcebível que esses indivíduos tenham posto à disposição de seus semelhantes também o direito à vida". (BOBBIO, 2004, p. 69).

Percebe-se, através da análise e comparação de Norberto Bobbio, às ideias de Beccaria e Rousseau, uma defesa implícita aos Direitos Humanos muito debatia e enfatizada no período Iluminista. O direito à vida deve-se ser indisponível e com o problema da obscuridade das leis penais, que o indivíduo da sociedade civil, não participava ou sequer compreendia a lei, a vida do cidadão era facilmente disponível para tirar-se quando a lei previa necessidade. Dessa forma, nota-se o quanto é mister defender-se os Direitos Humanos, através de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ou da Constituição Federal, afastar-se a ideia de que a vida é disponível por meio de corpos de leis escritas e acessíveis à todos, minimizando-se dessa forma violações às leis penais.

Neste sentido, ao observar-se um aspecto fundamental da evolução da sociedade, que é a lei escrita e sua importância para a consolidação dos Direitos Humanos, o autor e defensor dos Direitos Humanos Fábio Konder Comparato, em seu livro *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, cita:

> [...] Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como

> regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos) que vivem numa sociedade organizada" (COMPARATO, 2019, p. 12).

Neste viés, nota-se que as leis escritas são de suma importância para a consolidação dos Direitos Humanos e como citado anteriormente, Comparato um grande expoente quando se fala em Direitos Humanos, conclui, que via de regra a lei escrita deve ser uniforme e aplicável igualmente a todos. Ao confrontar-se a ideia de Comparato, com a afirmação de Beccaria sobre a obscuridade das leis, nota-se que, é mister que os corpos de leis sejam escritos, para que a democracia vigore, visto que, ele estará acima que qualquer interesse pessoal e suplantará a soberania de um indivíduo ou grupo social (COMPARATO, 2019). Contudo, não basta-se ser escrita, necessita-se ser grafada de uma forma acessível, para que qualquer indivíduo que leia a lei, entenda com clareza, o que o legislador quis dizer e qual é a sua real finalidade.

Nesta lógica, cotidianamente, depara-se com um melhor acesso ao texto penal, contudo o vocabulário erudito e a estruturação sintática e relações semânticas complexas, desconhecidas pelo povo, dificultam seu entendimento. Constata-se, que para interpretar e compreender uma lei, nos moldes que é escrita, é mister dispor de um conhecimento e um nível de leitura, que não é acessível à maioria da população. É inegável que as leis precisam ser escritas de uma forma que possibilite ao povo, ler, interpretar, compreender e realizar a partir disso, uma análise de seus atos como cidadão. Ao escrever as leis em uma *língua morta* e *ignorada pelo povo* como Beccaria cita, o corpo de leis não torna-se um livro corriqueiro e de fácil leitura e interpretação, impossibilitando ao cidadão realizar uma análise de seus atos a partir das sanções que o Código Penal prevê, com a finalidade de frear aquele que medita um crime.

Cita-se ainda, que em 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.527 no Brasil, que dispõe o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas, sendo fundamental para a consolidação do regime democrático brasileiro. Nos dias atuais, o acesso às Leis se tornou mais fácil em decorrência da tecnologia, entretanto, ainda não são todos os cidadãos que possuem esse acesso (analfabetos, pessoas que não possuem o acesso a internet). O Direito tem papel fundamental na sociedade, já que estabelece organização e condutas para um bom desenvolvimento coletivo, como por exemplo normas jurídicas que fixam padrões de comportamentos e consequências se não forem cumpridas. Sendo assim, o Estado de Direito é a superação de um Estado absolutista onde prevalecia a vontade do governante, pois o sistema jurídico não se resume à lei, e sim na harmonia das relações interpessoais.

ENTENDIMENTO DOS DOUTRINADORES E JURISPRUNDÊNCIA SOBRE O NÃO CONHECIMENTO DAS LEIS

Segundo o Código Penal Brasileiro, o não conhecimento da lei penal é assim exposto pelo artigo 21: "O desconhecimento da lei é inescusável" (BRASIL, 1940).

Baseando-se na obra de Beccaria, qual serviu de ponto de partida para a elaboração deste artigo, entende-se que a lei atualmente deve seguir o princípio da taxatividade, que elucida que a lei penal deve ser clara e taxativa de forma que o destinatário da lei possa compreendê-la, sendo vedada a criação de conceitos vagos ou imprecisos. Nessa toada, impõe-se ao Poder Legislativo que redija a lei penal com máxima precisão nos seus elementos.

Nessa perspectiva, exemplifica-se como conceito vago e impreciso o que está redigido no artigo 9º da Lei de Segurança (Lei 7.170/83): "Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos" (BRASIL, 1983). Dessa forma, questiona-se: Como se tenta submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país? Essa conduta seria aquela que atente contra a vontade do tirano e por essa razão, tal artigo não pode sobreviver diante do princípio da legalidade que tem como um de seus vieses proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Fundamentando-se na doutrina de Carvalho (2010 apud PEREIRA, 2018, p. 1) que explana que muitos doutrinadores se baseiam na teoria da ficção jurídica que nos diz o seguinte: "é uma inverdade que a lei possa se tornar conhecida por todos, é irreal". Entretanto, a jurista afirma que a lei sendo conhecida ou não, deve ser cumprida, aludindo a sua finalidade: a convivência social em harmonia. Ainda, a doutrinadora adiciona que seria uma única exceção o que se encontra no art 8° da Lei das Contravenções Penais, que permite ao juiz deixar de aplicar a pena, caso reconheça que o acusado não tinha o prévio conhecimento da lei.

Apoiando-se no Código Penal, em seu artigo 21 que explana: "O desconhecimento da lei é inescusável" (BRASIL, 1940), já citado neste artigo, afirma-se que existem meios antagônicos, quanto a essa interpretação, que estão expostos nos erros de proibição. Erros esses, que serão manifestados no decorrer deste artigo.

O erro de proibição indireto trata-se de uma inferência enganosa de uma causa de justificação, aqui, o autor se engana quanto à existência e ou limites da proposição permissiva (BEZERRA; PEREIRA, 2018). Exemplificando, em regiões mais conservadoras, entende-se que o marido traído pela esposa ainda possui o direito de legítima defesa da honra, com esse intuito, o esposo comete crime de homicídio contra a esposa, acreditando ser um fato atípico (lícito). Outro exemplo seria o agir em legítima defesa, onde o indivíduo imagina-se reagindo contra uma agressão inexistente.

Já o erro de proibição direto recai sobre o conteúdo proibitivo de uma norma penal. Nesse caso, o erro é uma visão equivocada dos fatos, ou seja, o indivíduo vê a coisa da maneira diferente de como ela é. Dessa forma, o agente realiza uma conduta proibitiva, por desconhecer a norma, ou por conhecê-la mal, ou ainda, por não conhecer o seu âmbito de incidência, melhor dizendo, ignora o conteúdo da lei (BEZERRA; PEREIRA, 2018). A fim de melhor ilustrar tal conceito, veja-se:

> Um hipotético turista holandês que, ao comprar um pacote turístico para o Brasil, após assistir a uma fita promocional, na qual percebeu que um grupo de pessoas fumava um cigarro enrolado numa palha, dando a entender que se tratava de maconha, quando na verdade não era, acredita que no Brasil fosse permitido seu uso, tal como ocorre em algumas partes da Holanda. Ao descer do avião, ele acende um cigarro de maconha e é preso em flagrante. O sujeito simplesmente não sabia que sua conduta era ilícita, o que no caso em questão redunda no mesmo que não conhecer a lei em seu sentido estrito, fato que colide frontalmente com o caráter absoluto da presunção da obrigatoriedade da lei. (GRECO, 2016, p. 510).

Baseando-se nos argumentos supracitados, ainda é de inevitável importância salientar-se o nível de ensino do brasileiro, que segundo pesquisas do INAF (Indicador de Alfabetismo Funcional) ainda é precário. Em 2018, a taxa de analfabetos funcionais no país era de 29%. Caracterizam-se por analfabetos funcionais aqueles que encontram barreiras em sua vida enquanto cidadãos, incluindo o mercado de trabalho. Desse grupo, pode-se dividir-se ainda em mais dois tipos: sendo os analfabetos funcionais absolutos (que não conseguem decifrar números, letras e palavras) e os analfabetos funcionais rudimentares (que possuem dificuldades em interpretar ironias e sarcasmos nos textos) (LOURENÇO, 2020).

Em uma pesquisa realizada pelo Instituto Paulo Montenegro em parceria com a ONG Ação Educativa, executada pelo Ibope Inteligência e publicada no Jornal da USP por Tainá Lourenço, o INAF é aplicado em brasileiros entre 15 e 64 anos de idade, por meio de testes que avaliam habilidades e práticas de leitura. Nessa pesquisa pode-se determinar que cerca de 8% dos brasileiros são analfabetos funcionais absolutos e cerca de 21% são analfabetos funcionais rudimentares. Nesse sentido, pode-se afirmar que 29% de brasileiros não possuem o conhecimento das leis penais do nosso país, visto que 8% não conseguem sequer decifrar números e letras e 21% são incapazes de decifrar o Código Penal (LOURENÇO, 2020).

Entretanto, a jurisprudência não reconhece o não conhecimento da lei. Um exemplo disso foi a Apelação Criminal: APR 2012031028030, processada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Tal caso se tratava de um porte ilegal de munição. O TJ-DF alegou que:

> O Estatuto do Desarmamento é matéria amplamente debatida nos meios de comunicação, tendo sido, inclusive, matéria submetida a referendo nacional. Assim, é de conhecimento geral ao homem médio sobre a ilegalidade de se manter munição sem as devidas autorizações, não podendo o acusado se valer da alegação do desconhecimento da lei. (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Nesse sentido, o TJ-DF negou provimento ao caso por unanimidade.

Outro caso, qual também teve recurso defensivo improvido foi à Apelação Crime: ACR 70044703858, realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O caso se tratava de porte ilegal de arma de fogo. Desta maneira, o TJ-RS alegou: "Diante da ampla divulgação da mídia e do referendo popular realizado em 23 de outubro de 2005, não há como cogitar desconhecimento da lei." Nesse sentido, o recurso defensivo foi improvido (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Adiciona-se ainda mais um caso, que também teve recurso improvido, trata-se da Apelação: APL 0015509-85.2013.8.08.0011, executada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Nesse caso, tratava-se de um crime contra a flora, qual foi alegado desconhecimento da lei. Nesse sentido, o TJ-ES alegou:

> Não é admitida no ordenamento pátrio a alegação de desconhecimento da lei para fins de exclusão de culpabilidade do agente (art. 3º, LINDB, art. 21, CP), sendo totalmente possível a aplicação de atenuante prevista no artigo 65, inciso II do CP. Permanece inalterada a pena fixada [...] (ESPIRÍTO SANTO, 2018).

Assim sendo, o recurso foi improvido.

Embasando-se nas pesquisas realizadas, é possível compreender pela obra de Beccaria que a lei não sendo escrita de forma explícita contribui para o seu não conhecimento, bem como a falta de investimentos na educação e o analfabetismo funcional também são fatores irradiantes para o não conhecimento da lei penal.

Apesar de todos esses fatores atenuantes, a jurisprudência não reconhece o não conhecimento da lei como fator de absolvição do crime, tanto que nas pesquisas realizadas, todos os recursos foram improvidos. Acredita-se que é um problema esse não reconhecimento pelo judiciário de que as leis não chegam de forma igualitária a todas as classes, além disso, infere que a lei deve ser conhecida por todos e não reconhece que ela pode não ser transmitida em todas as esferas do país.

CONCLUSÃO

Com base no que apresentou-se no presente artigo científico, buscou-se retomar-se historicamente um problema das Leis Penais, que é sua obscuridade e distanciamento entre o legislador e o indivíduo da sociedade civil. Por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial indaga-se que a obscuridade das Leis Penais, permeia a sociedade desde as primeiras legislações das sociedades históricas até a atual legislação penal brasileira, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de setembro de 1940).

Percebe-se que desde os primórdios das legislações, algumas classes dominantes legislavam e praticavam a lei, enquanto outras, sequer tinham conhecimento da lei ou das

penas que seriam aplicadas. O Iluminismo na Europa, quebra em muitos pontos com esse paradigma e com a obscuridade das leis penais, além disso, trouxe um viés mais humano na aplicação de penas, mas não foi completamente eficiente. Verifica-se que, atualmente a crítica iluminista, sobre a obscuridade das leis penais permanece atemporal e de extrema importância, pois ainda se tem legislações escritas de uma forma que se impossibilita e afasta-se o legislador e o indivíduo da sociedade civil. A doutrina trata e critica incisivamente esse aspecto, contudo a pesquisa jurisprudencial aponta o não reconhecimento da obscuridade das leis penais pelos tribunais. Precisa-se acabar-se com o negacionismo e a falsa visão que a lei penal é acessível e atinge à todos com a mesma força punível.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. Evolução Histórica do Direito Penal. **Jusbrasil**. Disponível em:https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal

ANA, Polli. **Jusbrasil**. Evolução do Direito Penal e suas Penas no Brasil. **Jusbrasil.** Disponível em: https://polianaoliveira31.jusbrasil.com.br/artigos/191264218/evolucao-do-direito-penal-e-suas-penas-no-brasil

BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi Di. **Dos delitos e das penas**. 2° edição. São Paulo. Edipro 2015.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1ªed.17ª.vol.1 São Paulo: Saraiva, 2012. P 35.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 de agosto de 2021

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CURCI. André Rosengarten. A evolução histórica das penas. **Jurisway**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10816. Acesso em 06 de julho de 2021.

DIDIER. Tiago. Ordálias na Idade Média Ocidental (parte 3). **Empório do Direito**. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/ordalias-na-idade-media-ocidental-parte-3. Acesso em 19 de agosto de 2021

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Apelação criminal n°20120310280306. Darlan Dias da Silva vs. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Nilsoni de Freitas. Acórdão, 10. set. 2015. Data de Publicação: 16. set. 2015.

ESPIRÍTO SANTO. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Apelação criminal nº00155098520138080011. Jair Brandao Junior vs. Ministério Público. Relator: Pedro Valls Feu Rosa. Acórdão, 7. nov. 2018. Data de Publicação: 23. nov. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18ªed. Niterói: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Antonio Gasparetto. Lei das doze tábuas. **Infoescola**. Disponível em: https://www.infoescola.com/direito/lei-das-doze-tabuas/. Acesso em: 09 ago. 2021

LOURENÇO, Tainá. Escolas brasileiras ainda formam analfabetos funcionais. **Jornal da USP**. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/escolas-brasileiras-ainda-formam-analfabetos-funcionais/. Acesso em: 07 jul. 2021

MENDEZ, Silmara Yurksaityte. Princípios penais e penais constitucionais. **Brasil escola**. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/principios-penais-penais-constitucionais.htm#:~:text=A%20lei%20Penal%20deve%20ser,ser%2C%20por%20isso%2C%20taxativa. Acesso em: 10 jul. 2021.

NAGIMA**,** Irving Marc Shikasho. Da lei penal no tempo. **Direito Net.** Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8062/Da-lei-penal-no-tempo

NETO, Napoleão Bernardes. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PEREIRA, Jeferson Botelho; BEZERRA, Vicenzo Dartanhan Silva apud CARVALHO, Jô, 2010, pg. 8. O erro de proibição direto como fator de relativização do conhecimento obrigatório da lei penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5607, 7 nov. 2018. Disponível em:https://jus.com.br/artigos/66831. Acesso em: 15 jul. 2021.

PEREIRA, Jeferson Botelho; BEZERRA, Vicenzo Dartanhan Silva apud GRECO 2016, pg. 510. O erro de proibição direto como fator de relativização do conhecimento obrigatório da lei penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5607, 7 nov. 2018. Disponível em:https://jus.com.br/artigos/66831. Acesso em: 15 jul. 2021.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1, p. 76.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação criminal n°70044703858. Alcindo Sutil do Rosário vs. Ministério Público. Relator: Francesco Conti. Acórdão, 20. out. 2011. Data de Publicação: 25. out. 2011.

SOUSA, Rainer. Iluminismo. **Mundo Educação**. Disponível em:https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/iluminismo.htm. Acesso em 10 ago. 2021.

TAPPAN, Eva. **Quando os cavaleiros eram ousados**. Createspace Independent Publishing Platform: Illustrated edição (8 abril 2016)

JUIZ DAS GARANTIAS: UM OLHAR ACERCA DE SUA ACEITAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL APÓS A LEI ANTICRIME E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO

Andrey Henrique Andreolla[1]
Débora Sabrina Golisczeski Kanigoski[2]
Isadora Diehl de Paris[3]

RESUMO: O presente artigo tem por fim entender o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o instituto do Juiz das Garantias, e as inovações por ele trazidas, à luz do processo penal brasileiro, a partir de sua instituição pela Lei Anticrime (Lei 13.964/19). Para tal, buscou-se, primeiramente, compreender, a partir de extensa revisão bibliográfica, os sistemas processuais penais. Em um segundo momento, fez-se uma leitura doutrinária e jurisprudencial para delimitar o sistema processual penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, analisou-se de fato a figura do juiz das garantias, suas competências e suspensão de sua eficácia *sine die*, *ad referendum* do Plenário. Como resultado, foi possível concluir que é imprescindível que o instituto do juiz das garantias esteja presente no ordenamento jurídico brasileiro para que realmente se consolide o definido pela Bíblia Política de 1988; no entanto, é necessário tempo para a adequação da figura ao cotidiano processual. O presente estudo se utilizou da pesquisa bibliográfica-documental, por meio de abordagem indutiva.

Palavras-chave: Imparcialidade. Juiz. Processo Penal. Sistemas.

INTRODUÇÃO

Todo ser é único em sua subjetividade e sua complexidade; não o deixa de ser, também, o magistrado que personifica o Estado-juiz. A Justiça, em um Estado Democrático de Direito, tem como uma de suas características, e dever, a imparcialidade que, muitas vezes, por ser humano quem a traz para o seio, é prejudicada. Já dizia Carnelutti: "A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade." (CARNELUTTI, 2019, p. 35). Quando escreveu tais palavras em 1957, Carnelutti chegou ao âmago da discussão sobre a parcialidade do julgador que por fatores externos, e internos, muitas vezes se apresenta no Judiciário brasileiro.

Com o propósito de reafirmar o sistema processual penal, já exposto na Constituição Federal, e, assim, garantir maior imparcialidade do julgador além de pretender tornar mais

[1] Professor. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Presidente da Comissão de Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. andreyandreolla@uricer.edu.br

[2] Acadêmica do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: deborakanigoski@hotmail.com / 097334@aluno.uricer.edu.br

[3] Acadêmica do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: isadoradiehl86@gmail.com / 096540@aluno.uricer.edu.br

eficaz o combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção e aumentar a celeridade do judiciário brasileiro entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020 o conhecidíssimo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), aprovado em 24 de dezembro de 2019, que tem como uma de suas principais inovações a instituição do Juiz das Garantias que possui o dever de acompanhar a investigação, ficando impedido de atuar na fase de instrução, sendo fundamental para o controle dos direitos individuais. Buscando uma compreensão que fuja do senso comum, busca o presente texto esclarecer pontos acerca dos sistemas processuais penais e o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca daquele que se adota no Brasil bem como as modificações introduzidas pela Lei 13.964/19 no que se trata da sistemática processual penal brasileira e da imparcialidade do juiz que daquela é consequência.

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os fatos sociais, que, segundo Durkheim (2004, p. 39), "[...] consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e dotadas de um poder coercitivo em virtude do qual se lhe impõem" transformam, assim como dito pelo autor, de forma coercitiva, a sociedade constantemente. Sendo assim, tende a sociedade a modificar suas instituições sociais (*v.g*. Escola, Estado) e seus métodos de organização conforme as necessidades que nela se externam.

O sistema processual penal, que se trata de um conjunto de princípios e regras constitucionais com o objetivo de estabelecer as diretrizes que serão seguidas para a aplicação do Direito Penal a cada caso concreto (RANGEL, 2020) a fim de assegurar as condições formais e materiais de um julgamento justo, não foge à regra e se molda de acordo com o momento político-social de cada Estado e seus anseios. Apresenta, com louvor, Rangel:

> "Os sistemas processuais [...] são fruto do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues" (RANGEL, 2020, p.46)

Desta forma, apresentam-se três sistemas processuais penais: sistema inquisitivo ou inquisitório, acusatório e misto ou acusatório formal.

O Sistema Inquisitivo, também chamado de Inquisitório, tem suas raízes, como o próprio nome indica, no período da Inquisição e passou a ser adotado majoritariamente pelas legislações europeias entre os séculos XVI e XVIII, efetivando-se com o Direito Canônico. Tem por "cerne [...] a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares" (RANGEL, 2020, p. 41). É a manifestação da ideia de poder central absoluto (GARCIA, 2014) tendo em vista que nele não existe

separação das funções de acusar, já que o juiz inicia a acusação *ex officio*, defender e julgar concentrando-se todas elas nas mãos do Estado-juiz, personificando-se através daquele que "assume [...] as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor" (LIMA, 2020, p.42). Nele, o "réu é visto [...] como mero objeto da persecução" (CAPEZ, 2020, p.90), não existe contraditório nem a ampla defesa, o réu nada pode exigir, sendo o processo regido pelo sigilo, sem presença de oralidade, ou seja, sempre escrito, não formando o juiz um convencimento a partir das provas produzidas e trazidas pelas partes aos autos, mas sim tenta o próprio magistrado convencer as partes da verdade, de seu juízo de valor, já definido ao iniciar a ação (RANGEL, 2020). Segundo Khaled Jr. (2010, p. 295):

> Tamanha era a característica persecutória do sistema, que sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação. A confissão era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade.

Por fim, há que se dizer que existe verdadeira incompatibilidade do sistema processual penal inquisitivo com a noção de processo atualmente consagrada, *supra*, é o verdadeiro meio de afastamento das garantias constitucionais pelas quais prezam os Estados Democráticos de Direito.

De outra banda, o sistema processual penal acusatório faz uma completa separação do ente que acusa, defende e julga determinada lide. Tem como princípios a contraditoriedade, a publicidade, a imparcialidade, a ampla defesa, a oralidade, a iniciativa das partes, o estado de inocência e, como já dito, a distribuição das funções processuais a órgãos distintos (CAPEZ, 2020; CAPEZ, 2021). Entende Lopes Jr. (2020, p. 58) que "quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador", o qual se coloca de maneira equidistante das partes. Aqui, também contrapondo o sistema inquisitivo, em consequência de todas as garantias asseguradas, o réu deixa de ser objeto da investigação e passa a assumir a real posição que lhe compete dentro do processo penal: a de polo passivo. Constitui-se, assim, no processo penal o *actum trium personarum*, sendo as partes sujeitos parciais, em posição isonômica, e o juiz como terceiro desinteressado, alheio aos interesses processuais, imparcial.

Entremeando os dois sistemas processuais penais supracitados encontra-se o sistema misto ou acusatório formal, nascido com o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808 a partir de influências do sistema acusatório privado de Roma, do sistema inquisitivo do Direito Canônico e dos ideais Iluministas. A doutrina de Lozzi (apud NUCCI, 2020), entende que os sistemas processuais penais da atualidade são mistos, pois os modelos históricos *ante* citados não tem correspondência com os contemporâneos, não existe um processo acusatório puro nem um processo inquisitório puro. Divide-se em duas fases procedimentais: fase pré-processual ou instrução preliminar e a fase processual. Entende Eugênio Pacelli (2021, p. 23):

> Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

Os princípios da oralidade, publicidade, o contraditório, a livre apreciação das provas e a isonomia processual são efetivados na fase processual; no entanto, são muitas vezes suprimidos visto que não há possibilidade de defesa, não há oralidade, destarte sem publicidade. (RANGEL,2020)

Visto isso, resta a indagação: qual o sistema processual penal em prática no Brasil? Doutrina e Jurisprudência divergem?

A SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA ATRAVÉS DO OLHAR DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

A Constituição, em seu artigo 129, inciso I (BRASIL, 1988), define que compete, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública; logo, constitucionalmente, define-se que o sistema processual penal adotado pelo Brasil é o acusatório já que existe um órgão próprio, criado pelo Estado, para a propositura da ação (RANGEL, 2020), sendo, somente excepcionalmente, conferida a particulares. No entanto, a doutrina diverge quanto ao sistema aplicado na legislação infraconstitucional. É de suma importância ressaltar que o Código de Processo Penal Brasileiro vige, tendo sofrido pontuais modificações em seu texto nas sete décadas de sua aprovação, desde o Decreto-Lei n. 3.698/41, por conseguinte, a atual Constituição Federal nasce após o referido diploma e é preciso que se interprete aquele tendo em vista a supremacia hierárquica desta. A jurisprudência apresenta o seguinte posicionamento em relação ao tema:

De acordo com o julgamento do Recurso de Habeas Corpus 144615, do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: Penal e Processual Penal. *Imparcialidade judicial e sistema acusatório*. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de homologação do acordo. **As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório**. Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. **Sistema acusatório e separação das funções de investigar, acusar e julgar**. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos. Precedente: ADI 4.414, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2012. Agravo regimental

> parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador. (BRASIL, 2020) (*grifo nosso*)

Em mesmo sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4693, do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. **SISTEMA CONSTITUCIONAL ACUSATÓRIO**. MINISTÉRIO PÚBLICO E PRIVATIVIDADE DA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (CF, ART. 129, I). **INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO REGIMENTAL QUE POSSIBILITA ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO DE MAGISTRADO SEM VISTA DOS AUTOS AO PARQUET.** MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA. 1. **O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I),** a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a "atividade de supervisão judicial" (BRASIL, 2018) (*grifo nosso*)

De acordo com o Habeas Corpus n. 652773 SE 2021/0078943-7, do Supremo Tribunal de Justiça, é possível perceber que também entende tal órgão, em conformidade com o STF, que o sistema em vigor no Brasil é de fato o sistema acusatório:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL.HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DA AUTORIDADE POLICIAL E/OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. LEI N. 13.964/2019 PACOTE ANTICRIME. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AOS CORRÉUS. [...] 2. A inovação trazida pelo denominado Pacote Anticrime, na forma da Lei n. 13.964/2019, que entrou em vigor em 24/1/2020, alterou substancialmente a disciplina relativa à prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal **CPP, o afastando de suas raízes inquisitivas, aproximando-o, dessa forma, de um sistema acusatório, já previsto em nossa Constituição Federal** CF. 3. Com a introdução do art. 3º-A ao Estatuto Processual Penal e a supressão do termo "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, bem como do art. 311, ambos do CPP, restou vedada a decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juiz, devendo haver, portanto, prévia provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP, ainda que nos casos de conversão do flagrante, como no caso dos autos. [...] (BRASIL, 2021 A) (*grifo nosso*)

Por fim, de acordo com a Apelação Criminal 0018672-74.2013.4.01.3900, do Tribunal Regional da 1º Região:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÕES, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA. ART. 183, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.472/97. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA REJEITADA. ART. 385 DO CPP. RECEPÇÃO PELA CF DE 88. MATERIALIDADE COMPROVADA E AUTORIA NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, IV. CPP. PREJUDICADO O EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES TRAZIDAS NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. **[...] III - No sistema processual penal brasileiro vigora o sistema acusatório que estabelece as funções da acusação, da defesa e do julgador, em sintonia com o princípio da indisponibilidade da ação penal, de modo que cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública (art. 129, I, CF) e ao Juiz realizar a prestação jurisdicional de interesse público**, que se encerra com a prolação da sentença que, por sua vez, pode ser condenatória, ainda que o Órgão da Acusação pugne pela absolvição, consoante permissivo do art. 385 do CPP, recepcionado pela Carta Política de 1988. [...] (BRASIL, 2021 B) (*grifo nosso*)

Desse modo, após análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos julgados dos Tribunais Regionais, sendo as citadas acima somente de caráter exemplificativo, pôde-se perceber que o entendimento judicial é que o sistema processual penal adotado pelo Brasil é o acusatório.

Contudo, entende Lima:

> Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. [...] Porém, com o advento da Constituição Federal, [...]estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. [...] Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. (LIMA, 2020, p. 45)

Em mesmo sentido entendem Reis e Gonçalves:

> No Brasil é atualmente adotado o sistema acusatório, pois há clara separação entre a função acusatória [...] e a julgadora. É preciso, entretanto, salientar que não se trata do sistema acusatório puro, uma vez que, apesar de a regra ser a de que as partes devam produzir suas provas, admitem-se exceções em que o próprio juiz pode determinar, de ofício, sua produção de forma suplementar. (REIS; GONCALVES, 2020, p.33)

Ainda, Hartmann:

> Sobre o sistema processual penal adotado no Brasil, percebe-se que o Código de Processo Penal de 1941 adotou um sistema misto, mantendo na base um sistema inquisitorial, com a agregação de elementos típicos da estrutura adversarial. [...]
>
> No entanto, não parece ser esta a opção política do constituinte de 1988, [...] instituindo uma ordem jurídica fundada, acima de tudo, na proeminência dos direitos e garantias fundamentais. Admitindo-se como premissa de que o sistema adversarial é aquele que mais se aproxima de concretizar tais prerrogativas, [...] entende-se que a Constituição Federal adotou um sistema misto, porém como o predomínio da estrutura adversarial. Portanto, o Código de Processo Penal, ao prever uma estrutura marcadamente inquisitorial, está em descompasso com a Constituição Federal no que se refere ao sistema processual penal por ela adotado. (HARTMANN, 2019, p. 162-163)

Nucci (2020, p. 42) entende que o "sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei 13.964/2019, é o acusatório mitigado". Já Lopes Jr. entende, diferentemente dos autores citados anteriormente:

> Até o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sempre afirmamos que o processo penal brasileiro era inquisitório (ou neoinquisitório), e que não concordávamos com grande parte da doutrina que classificava nosso sistema como "misto", ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual (LOPES JR., 2020, p. 64).

Conclui-se, assim, que havia uma discussão doutrinária acalorada acerca do sistema processual penal que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, após a Lei n. 13.964/19, parte do Pacote Anticrime, fortaleceu-se a consciência de que o sistema que deve vigorar no país é de fato o sistema acusatório como deixa claro o artigo 3º- A da referida Lei: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", o que, segundo Lima (2020, p. 105), "trata-se, na verdade, de uma mera ratificação da estrutura acusatória do nosso processo penal, em fiel observância ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal".

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO FORMA ENDOSSAR O SISTEMA ACUSATÓRIO A PARTIR DA LEI 13.964/19

Para que se dê a oportunidade de ser o sistema verdadeiramente acusatório, eliminando quaisquer resquícios do sistema inquisitivo, é indispensável que, além da

separação das funções de acusar, defender e julgar, não seja o magistrado o gestor da prova, cuja produção deve ficar a cargo das partes (LIMA, 2020). A fim de que se consolide tal substituição da atuação probatória do órgão de acusação surge a figura do Juiz das Garantias, sendo seus propósitos e competências delineados pelo art 3º-B da Lei 13.964/19; seu *caput* define "o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [..]"; atuará tal figura, portanto, na fase investigatória da persecução penal, ficando impedido de atuar na fase seguinte, qual seja, fase processual. Dessarte, o juiz de instrução somente terá contato com o resultado da investigação quando oferecida e recebida a inicial, estando, em consequência, garantida maior imparcialidade no julgamento do caso em questão (CUNHA, 2020). Logo,

> Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso (LIMA, 2020, p. 107).

A figura e o papel do juiz das garantias, apesar de parecer aos olhos leigos, não é invenção do legislador brasileiro. Em 2002, através do Decreto nº 4.463, submeteu-se o Brasil à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José). O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, por meio do decreto nº 678 de 1992, em seu artigo 8º, 1, define:

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, **independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992) (grifo nosso).

Ou seja, ao adotar o pacto ficou comprometido o Brasil a prover o direito, a todas as pessoas, de serem julgadas de forma imparcial; com a inserção do juiz das garantias e a clara previsão do sistema processual penal acusatório nada mais faz do que reforçar o que com, há muito, se comprometera. Segue, além disso, uma tendência mundial de "imparcialização" do julgamento como aconteceu, em 1987, no Código de Processo Penal Português, que prevê um "juiz de instrução"; no Código de Processo Penal Italiano de 1989 em que há previsão de um *giudice per le indagini preliminari*[1] e, muito mais próximo, o Código de Processo Penal Paraguaio em que encontra-se a figura do juiz das garantias possuindo esse a competência de fazer um juízo de valor acerca da justa causa para que se inicie um processo penal ficando, da mesma forma que o juiz das garantias trazido pela Lei 13.964/19, impedido de julgá-lo (LIMA, 2020).

[1] Tradução nossa: Juiz para investigações preliminares.

Conta o juiz das garantias com uma série de competências que lhe são atribuídas nos incisos do art. 3º- B, tratando-se de rol exemplificativo, sendo que das mais relevantes tecer-se-ão breves comentários. A primeira competência que lhe é atribuída, inciso I, é a de receber a comunicação imediata da prisão, referindo-se a todas as espécies de prisão (preventiva, temporária, flagrante ou extrapenal), nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1941) sendo que este define que "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" (BRASIL, 1988). Também ao juiz das garantias compete, inciso II, receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão sendo que deve, após 24 horas do recebimento do auto, promover audiência de custódia podendo, em seguida, relaxá-la se ilegal, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal e reforçado pelo §1º do inciso II do art. 3º-B, que salienta ainda a vedação do emprego de videoconferência (BRASIL, 1941)

O inciso III do mesmo artigo 3º-B, define que cabe a figura do Juiz das Garantias zelar pela observância dos direitos do preso e para tal pode determinar que seja conduzido à sua presença a qualquer tempo (BRASIL, 1941) a fim de averiguar denúncia de maus tratos, por exemplo.

Como atua o Juiz das Garantias na fase pré processual, deve ele ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal (BRASIL, 1941). Nesse sentido, Lima:

> [...] lavrada pelo Delegado de Polícia uma portaria inaugural de um inquérito policial diante da existência de fundamento razoável, sua instauração deverá ser informada ao juiz das garantias, pouco importando se, naquele momento, havia (ou não) necessidade de autorização judicial para a prática de determinada diligência (LIMA, 2020, p. 134)

Também é sua atribuição, já que a ele cabe ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, determinar o trancamento do inquérito policial que averiguar não haver razoável fundamento para sua instauração ou prosseguimento, inciso IX (BRASIL, 1941). Assevera Sanches Cunha:

> O trancamento [...] se situa no campo da excepcionalidade, sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da manifesta ausência de indícios de autoria ou de provas sobre a materialidade do delito (CUNHA, 2020, p. 86-87)

Decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar (BRASIL, 1941) também faz parte do rol de competências do Juiz das Garantias que, em consequência da manifesta instituição da estrutura acusatória do processo penal feita pelo legislador, fica impedido de decretar a prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar

a não ser quando provocado (CUNHA, 2020). Em mesmo sentido também deve decidir, nunca decretar de ofício, sobre o requerimento de antecipação da produção de provas consideradas urgentes e irrepetíveis, observando os princípios do contraditório e da ampla defesa em audiência pública e oral, inciso VII, decidir sobre os requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo em sistemas de informática e telemática, de afastamento de sigilos, de busca e apreensão domiciliar, de acesso a informações em sigilo e quaisquer outros meios de obtenção de provas que possam restringir direitos fundamentais daquele se encontra na posição de investigado (BRASIL, 1941)

Deve julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia bem como decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa (BRASIL, 1941), nesse sentido, Gonçalves e Reis:

> [...] se o Ministério Público ou o querelante ajuizar ação penal, incumbirá ao juiz das garantias [...] decidir pelo recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa. Se recebida a inicial acusatória, o juízo das garantias remeterá a denúncia, acompanhada apenas dos documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, para o juízo da instrução e julgamento, inaugurando a competência do último (GONÇALVES; REIS, 2020, p. 75)

Entende Cunha que de erro grave encobriu-se o legislador quando da escrita e entendimento acerca da competência do Juiz das Garantias em receber a denúncia ou queixa. Cita o autor que a figura do Juiz das Garantias fora criada para atuar até a viabilidade da ação e não para decidir mérito (CUNHA, 2020).

Já Lopes Jr:

> O argumento positivo é que essa sistemática assegura ainda mais a originalidade cognitiva e a imparcialidade do julgador, na medida em que se a decisão sobre a absolvição sumária estivesse nas mãos do juiz julgador, ele teria, no mais das vezes, que conhecer dos atos de investigação (do inquérito) [...] Por outro lado, pode-se criticar tal sistemática, na medida em que prolonga excessivamente a atuação do juiz das garantias, que inclusive pode absolver sumariamente um acusado, ingressando assim na fase processual (o que é contrário a sua natureza). (LOPES JR., 2020, p. 194)

Deve assegurar prontamente o direito do investigado e de seu defensor de possuírem acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento, inciso XV, indo ao encontro do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal e do definido pela Súmula Vinculante nº 14 do STF:

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos

> elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2009)

Já o inciso XVII indica que compete ao Juiz das Garantias também outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput do artigo 3º-B, quais sejam o controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (BRASIL, 1941). Lopes Júnior (2020, p. 206) entende que "Trata-se de cláusula genérica que [...] abre para a possibilidade de sua atuação em outras situações não previstas, respeitados é claro o limite de sua atuação procedimental [...] e a própria função do juiz das garantias [...]"

Em seguida, define o artigo 3º-C que a competência do Juiz das Garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa. Lopes Jr. (2020) acredita ser acertada a escolha do legislador de excluir da competência do Juiz das Garantias as infrações penais de menor potencial ofensivo, considerando, também, a celeridade e a falta de complexidade dessas questões, visto que sequer são objeto de investigação policial uma vez somente se elabora um termo circunstanciado encaminhado ao Juizado Especial Criminal, nos moldes estabelecidos pela Lei 9.099/95. Também não há previsão de existência dessa inovação nos "Tribunais, no âmbito do Tribunal do Júri, na Justiça Militar e na Justiça Eleitoral, no contexto da violência doméstica e familiar e nos juízos colegiados" (LIMA, 2020, p. 145); tal inexistência traz certa insegurança jurídica e controvérsia doutrinária. O parágrafo 2º do artigo em questão indica que não se vincula o juiz de instrução aos atos praticados pelo Juiz das Garantias devendo fazer um reexame, em no máximo 10 dias, das medidas cautelares em curso *ante* proferidas.

Ainda com intuito de preservar a imparcialidade do juiz de instrução e julgamento, tornando ainda mais aparente o sistema acusatório definido pelo artigo 3º-A, o parágrafo 3º do artigo 3º- C indica:

> Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (BRASIL, 1941)

Em outras palavras, não seriam mais, como vigora atualmente, partes integrantes dos autos processuais os inquéritos policiais que, segundo o parágrafo *supra,* ficariam acautelados na secretaria do juízo das garantias excetuados os documentos em que constarem provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas.

Seguindo, o artigo 3º-D indica que o juiz que houver praticado qualquer dos atos arrolados nos artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal, que tratam da fase de investigação

e do inquérito policial, fica impedido de funcionar no processo. O artigo 3º-E define que será o Juiz das Garantias designado de acordo com as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal sem que se deixe de observar os critérios objetivos divulgados pelo respectivo tribunal (BRASIL, 1941). Por fim, o artigo 3º- F e seu parágrafo único:

> O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.
> Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (BRASIL, 1941)

Apresentadas as competências do Juiz das Garantias bem como toda a base legal que o cerca chega-se ao ponto de maior contrariedade acerca do assunto: a decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux que suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do Juiz das Garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A,3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º- E e 3º-F).

Foram ajuizadas três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n. 6.298, ADI n. 6.299, ADI n. 6.300 e ADI n. 6.305) contra dispositivos da Lei 13.964/19- "Pacote Anticrime"- que alteram a legislação penal e processual e criam o instituto do Juiz das Garantias tendo por requerentes a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), Partidos Podemos e Cidadania, Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Tinham como questionamento tais Ações Diretas de Inconstitucionalidade o exíguo prazo de *vacatio legis,* 30 dias da data de publicação, o que causaria insegurança jurídica; a incompetência de iniciativa, tratam-se os artigos 3º-A a 3º-F de matéria reservada à lei complementar de iniciativa dos tribunais; ferimento aos princípios do juiz natural e da igualdade já que não foi prevista a figura do Juiz das Garantias nos tribunais, somente nos órgãos judiciais de primeiro grau; a majoração de despesas públicas sem prévia dotação orçamentária; afronta à separação dos poderes, ao pacto federativo, à autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e aos princípios da proporcionalidade e da razoável duração do processo; ofensa a diversos dispositivos constitucionais além de outros pontos específicos. (BRASIL, 2021)

Aos 22 dias do mês de janeiro de 2020, o relator prevento das ações acima citadas, o Eminente Ministro Luiz Fux, determinou, *ad referendum* do Plenário, a suspensão *sine die* da eficácia da implementação do Juiz das Garantias e seus consectários (Artigos 3º-A a 3º-F) do

Código de Processo Penal afirmando, ademais, que a concessão dessa medida cautelar não teria o condão de interferir nem suspender os inquéritos e processos então em andamento, nos termos do art. 10, §2º, da Lei n. 9.868/95. (BRASIL, 2021)

Nucci sustenta:

> Assim sendo, embora a Lei 13.964/2019 tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, os referidos artigos estão suspensos, por prazo indeterminado, até que o Plenário do Pretório Excelso avalie o mérito da causa. Isso não significa a revogação desses artigos ou a declaração de mérito, no sentido da sua inconstitucionalidade. O relator valeu-se, basicamente, de dois argumentos: a) as normas do juiz das garantias, na essência, constituem regras de organização judiciária, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las, citando o art. 96 da Constituição Federal; b) a efetiva criação do juiz das garantias exigiria gasto por parte do Judiciário, sendo constatada a ausência de dotação orçamentária prévia para tanto, invocando o art. 169 da Constituição Federal. Vênia concessa, discordamos desse entendimento. (NUCCI, 2020, p.169)

Tal decisão, tão pedida por diversos órgãos que direta e indiretamente dela se beneficiariam ou prejudicariam, foi, de acordo com o entendimento de Lopes Jr, que fala diretamente ao relator das ações:

> [...] um golpe poderosíssimo na reforma que se pretendia levar a cabo. Ao suspender o art. 3º-A, do CPP, que finalmente consagraria o sistema acusatório; ao suspender também a implantação do juiz das garantias; o sistema de exclusão física dos autos do inquérito; e a nova forma de arquivamento adequada ao sistema acusatório (art. 28), o Min. Luiz Fux sepultou décadas de luta, de pesquisa, de milhares de debates e de páginas escritas para modernizar e democratizar o processo penal brasileiro. [...] Era, Ministro, o mais forte movimento reformista para livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, para reduzir o imenso atraso civilizatório, democrático e constitucional que temos no CPP. Sua liminar não suspendeu apenas artigos, suspendeu a evolução, a democratização do processo penal. Lamento profundamente a decisão do Ministro, que espero seja urgentemente revista pelo plenário do STF, para que finalmente o processo penal se liberte da matriz fascista e inquisitória do Código de Rocco (LOPES JR., 2020, p. 40)

É importante salientar que até hoje continuam os artigos, os quais foram tratados no presente estudo, suspensos não havendo, também, previsão para que sejam analisados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

No presente ensaio, em que foram trabalhadas as nuances das sistemáticas processuais penais bem como qual delas vige no país e as inovações trazidas pela Lei 13.964/19, especialmente no que tange aos artigos 3º-A a 3º-F e ao Juiz das Garantias, pôde-se concluir que deu a sistemática processual penal brasileira um grande passo no caminho de uma justiça justa, imparcial e segura. O juiz das garantias, figura já presente em diversos outros ordenamentos jurídicos, torna-se ator principal em uma realidade em que a inquisitividade e a parcialidade se tornam coadjuvantes.

A Magna Carta preceitua, como dito anteriormente, em seu artigo 129, I, que é acusatório o sistema processual penal e é de suma importância que o artigo 3º-A entre em vigor para realmente se consolide tal sistemática.

É inegável que com a entrada em vigor dos dispositivos que neste estudo foram analisados inúmeras modificações nas normas regimentais internas de todos os tribunais brasileiros e também nas concepções e vida cotidiana dos magistrados e de seus servidores precisarão ser feitas. Por tais motivos, não sem razão, suspende o Eminente Ministro Luiz Fux sua eficácia. É preciso tempo para que se façam tais alterações sem que se prejudique o andamento dos feitos que se já se encontram em meio a morosidade judiciária. No entanto, tal suspensão que há mais de um ano se dá faz com se aumente a insegurança jurídica e muito se perca com a falta da figura do juiz das garantias.

REFERÊNCIAS

BRASIL,2021 A. Supremo Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Habeas Corpus n. 652773, 5º turma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Paciente: Gracivaldo Alves dos Santos(preso). Interres.: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Sergipe, 22 jun. 2021 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202100789437>. Acesso em: 28 de jul. 2021

BRASIL, 2018. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4.693. Reqte.(s): Procurador-Geral da República. Intdo.(A/S): Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, 30 out. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%204693&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 jul.2021

BRASIL, 2020. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Habeas-corpus n. 144615, 2º turma da 2º Vara Federal Criminal de Curitiba do Estado do Paraná. Agte.(s). Paulo Roberto Krug.

Agdo.(A/S): Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Curitiba, 27 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435485/falsehttps://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435485/false>. Acesso em: 28 jul. 2021

BRASIL, 2021 Tribunal Regional Federal. Penal e Processual Penal. Apelação Criminal 0018672-74.2013.4.01.3900 do Tribunal Regional da 1º Região. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00186727420134013900> Acesso em 28 de jul. 2021

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm> Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal- Procuradoria- Geral da República. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.298, 6.299, 6.300 E 6.306/DF. Brasília, 2021. 90 p.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 27 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 28 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **AS MISÉRIAS DO PROCESSO PENAL**. 3 ed. Leme: CL Edijur, 2019.

Código de Processo Penal. Decreto lei n 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 16 ago. 2021

Código Penal. - 4. ed. - Brasília, DF : Senado Federal, Edições Técnicas, 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº109/2021. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, .

CONVENÇÃO Americana de Direito Humanos. 22 novembro 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em: 20 jul. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **PACOTE ANTICRIME - Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

DURKHEIM, Émile. **AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO.** Lisboa: Editorial Presença, 2004.

GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal.** 2014. 208 f. Dissertação (mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014.

HARTMANN, Stefan Espírito Santo. O Papel do Juiz nos acordos de colaboração premiada. In PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito Penal e Processual Contemporâneos.** São Paulo: Atlas, 2019. p. 148-174.

KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas - Revista de Ciências Sociais,** v. 10, n. 2, p. 293-308, mai./ago. 2010. Porto Alegre: 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LORA, Deise Helena Krantz. **A Racionalidade Positiva e a Ausência de Condições à Imparcialidade no Processo Penal Brasileiro.** 2018. 302 f. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Porto Alegre, 2018.

MENDES, Paulo de Sousa. **LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Coimbra: Almedina, 2013.

Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1. Acesso em: 13 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **DIREITO PROCESSUAL PENAL ESQUEMATIZADO**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Súmula Vinculante 14 - Acesso de advogado ao inquérito policial. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2267/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 11 ago. 2021.

CRIME DE *STALKING* E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: LIMITES E CONTORNOS PARA A INCIDÊNCIA DO DELITO

Bernardo Cecatto Bueno[1]
Karine Biezus[2]
Andrey Henrique Andreolla[3]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo mostrar o crime de stalking e sua relação com a Lei Maria da Penha, o risco que esse crime traz às mulheres, e formas criadas para punir os *stalkers*. O crime de *stalking*, tem uma origem muito antiga, mas se perpetua até os dias de hoje, tendo como grande parte de suas vítimas, mulheres, que são perseguidas por serem mulheres ou por ter mantido alguma relação próxima ou íntima com o *stalker*, que por sua vez a persegue com o intuito de reatar esse vínculo. No decorrer deste artigo, será abordado o quão necessário é punir o *stalker*, para que não ocorra um crime mais grave do que o *stalking*, o feminicídio. Neste artigo científico foi utilizado o método dedutivo, com base em pesquisas na doutrina, através da lei, de livros, artigos e também em sites na internet.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Lei de *Stalking*. Violência contra a mulher. Perseguição.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, o *stalking* se faz presente na sociedade, começando de forma branda e quase imperceptível. Foi com o passar dos anos que este ato passou a ser cada vez mais notável, porém, não necessariamente como um erro. O *stalking*, sempre se fez presente em livros, filmes, séries, dentre outros, como um ato afetivo, uma saga do homem para conquistar a mulher de sua vida, o que nos leva a apresentar o risco em que muitas mulheres vivem hoje, e a falta de senso de muitas pessoas que, não se importam com este fato.

Mais do que nunca o *stalking* se faz presente nos dias atuais, onde inúmeros homens perseguem mulheres, seja por ter tido alguma relação frustrada no passado com a vítima, ou por simples interesse de ter contato, porém um contato totalmente abusivo, invadindo os níveis de privacidade da vítima sem nenhum consentimento.

Nesse sentido, o presente trabalho busca mostrar a urgência de uma penalização mais rígida para o crime de stalking, de forma que as mulheres, também, possam se sentir mais seguras. Para tanto, num primeiro momento mostrou - se a necessidade de uma conceituação e explicação individualizada desses dois tipos penais, primeiramente o

[1] Acadêmico do 6º semestre do curso de Direito da URI- Erechim. *E-mail*: 094546@aluno.uricer.edu.br

[2] Acadêmica do 6º semestre do curso de Direito da URI- Erechim. *E-mail*: 094543@aluno.uricer.edu.br

[3] Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. *E-mail*: andreyandreolla@uricer.edu.br.

assunto é destinado à Lei Maria da Penha, explicando o seu conceito e qual o seu âmbito de atuação, juntamente com os comentários da legislação, alguns assuntos pertinentes ao tema e algumas medidas de proteção a mulher para a diminuição dessa deprimente realidade, logo em seguida o crime de stalking também passa pela sua conceituação e explicação, com a aplicação da legislação em seu texto e explicando como isso ocorre na realidade.

Num segundo momento se pode notar a aplicação de modo conjunto desses dois delitos penais, pois os dois relacionam- se quando o stalking começa a ser algo mais agressivo e constante, gerando em um profunda compulsão do agressor à vítima até atingir o nível máximo de agressão contra a mulher, ocorrendo assim o feminicídio. Com isso o Estado viu - se na obrigação de positivar uma lei e demais medidas de proteção à vítima para a diminuição da incidência desse crime no dia a dia.

Por fim, fez-se necessário compreender que o Brasil possui essa situação vivenciada no meio social e isso vem se alterando de forma constante, em relação a isso foram elaboradas legislações auxiliares e demais medidas consideradas eficazes para a punição do agressor, e debates para a melhor incidência de aplicação e agravação dessas normas, para ajudar as cidadãs, para o direito de igualdade entre gêneros conforme consagra a Constituição Federal do Brasil ser devidamente reconhecida e aplicada em nossos dias.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher é um fato presente em qualquer lugar do mundo, isto é um acontecimento universal e sempre tratado e aceito como "normal" em muitas sociedades ao redor do mundo. Essa comovente realidade encontra-se impregnada no meio social dado que o sexo feminino sempre foi tratado como inferior ao sexo masculino em suas diversas categorias, como de gênero, classe e etnia, relacionada principalmente ao poder patriarcal que se encontra enraizado na vida dos indivíduos, atribuindo aos homens o direito de dominar e controlar as mulheres, podendo em alguns momentos atingir os limites de violência e gerando até mesmo a morte da vítima (CORREA, 2020).

A Lei Maria da Penha utilizou o termo "violência" como uma violação ao direito da mulher. A distinção entre "ameaça" e "violência" (física) deixa de existir quando se trata de violência doméstica e familiar. Essa violência pode ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral (FERNANDES, 2015). O art 2º da lei afirma:

> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Em nosso ordenamento jurídico a Constituição Federal de 1988 positivou a igualdade

de homens e mulheres em direitos e obrigações, o reconhecimento dessa igualdade foi o primeiro passo, retirando do ordenamento jurídico diferenças discriminatórias (BRASIL, 1988). Contudo, a efetividade da igualdade exige algo mais. A igualdade entre homens e mulheres somente tem efetividade se reconhecida a posição jurídica de cada um e se houver instrumentos de tutela que permitam a realização prática dessa igualdade. A Lei nº. 11.340/2006 definiu a posição jurídica da vítima e criou esse instrumento de tutela, um sistema interdisciplinar de enfrentamento e prevenção à violência (FERNANDES, 2015).

Conforme a letra da lei podemos perceber em seu art 1º que o seu objetivo é prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto (BIANCHINI, 2018).

> Art 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais, 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 (BRASIL. 2006).

O objeto da lei Maria da Penha é prevenir a violência doméstica e familiar em qualquer ação ou omissão do agressor, podendo causar agressões mais profundas na vítima como é descrito em seu art 5º, explicando:

> 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 (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha não trata de toda a violência contra a mulher, mas somente a de gênero. (BIANCHINI, 2018)

A violência contra a mulher ocorre maioritariamente nos domicílios, em razão de agressões praticadas por maridos e companheiros, havendo um grande aumento no fator de risco pois o autor da agressão tem uma enorme proximidade com a vítima. Os meios que exigem contato direto com objetos cortantes e penetrantes (15,1% para homens, 24,6% para mulheres), contundentes (5% para homens, 7,7% para mulheres), sufocação (0,9% para homens, 6,1% para mulheres), etc são mais comuns quando se trata de violência contra a mulher. (BIANCHINI, 2018)

O art. 5º da Lei Maria da Penha especifica as três situações que incidem suas normas:

> Art. 5º, I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2006)

Em seu art 7º podemos encontrar as cincos formas de violência de gênero, sendo a violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimônial e a violência moral:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL,2006).

Contudo, nem todas as formas de violência presentes no art 7º da lei constituem uma agressão à constituição física da pessoa. A restrição decorre do fato de que nem toda violência contra a mulher encontra-se abrangida no âmbito de proteção da lei pois somente é baseada na violência gênero e desde que praticada no contexto doméstico ou familiar ou em uma relação íntima de afeto, o sentido da palavra violência é utilizado para além daquele

estabelecido no campo do direito penal e nem todas as condutas consideradas violentas pela lei possuem um correspondente penal. É por isso que se deve ter muita atenção com o conceito de violência apresentado na legislação. (BIANCHINI, 2018)

Existem sinais que permitem e antecipam a identificação de uma possível relação tornar-se violenta, sendo elas: 1) é o comportamento controlador. Sob o argumento de proteção do comportamento da vítima ou oferecer segurança, com isso passa a monitorar os passos da vítima e a controlar suas decisões, seus atos e relações; 2) O rápido envolvimento amoroso. Em um curto prazo de tempo a relação se torna tão intensa, tão insubstituível, que a futura vítima se sente culpada por tentar diminuir o ritmo do envolvimento; 3) O agressor da vítima geralmente, desenvolve expectativas irrealistas com relação à parceira. Espera que ela lide com as suas carências, exigindo que a mulher seja perfeita como mãe, esposa, amante e amiga. Acaba isolando - a do seu meio social, criticando e acusando amigos e familiares e procurando impedir, das mais variadas formas, que ela circule livremente, trabalhe ou estude (SOARES, 2005).

***STALKING*: UM PROBLEMA ANTIGO, MAS QUE MARCA SEU TERRITÓRIO NA ATUALIDADE**

Stalking é um termo originado de um substantivo em inglês sem tradução para língua portuguesa. A primeira menção histórica do *stalking*, é encontrada no Código Justiniano, título IV, capítulo IV, onde se colocava a pena de acusação para a pessoa que segue mulher casada, menino ou criança (BOTTIGLIERI, 2017). O início dos estudos acadêmicos sobre *stalking*, se deu na década de 1990, nas áreas de Psiquiatria e Psicologia, tendo sua continuidade até os dias atuais (AMIKY, 2014).

O termo não tem uma definição fixa, um dos problemas que evidenciam isso são suas condutas, muitas vezes, atos cotidianos, aceitos perante a sociedade, porém incômodos e perturbadores para a vítima (DAVID, 2017). Uma de suas definições pode ser entendida como quando um agente, por várias maneiras, invade a rotina e a privacidade de outra pessoa com elevado grau de continuidade, sem violência física, mas de modo que resulte em violência psicológica com a vítima (BOTTIGLIERI, 2017).

Ademais, o *stalking* como um comportamento humano heterogêneo que pode ser considerado um particular tipo de assédio que é cometido por homens ou mulheres, exercido por várias formas (AMIKY, 2014). O *stalking* pode ser apresentado na prática de inúmeras formas. Então, o professor Damásio de Jesus define:

> [...] ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. (JESUS, 2008, n./p.).

As classificações de *stalker* e vítima são pontos essenciais para definir um caso de *stalking*. O *stalker*, conceitua Amiky (2014, p. 15) "[...] é o perseguidor, aquele que escolhe uma vítima, pelas mais diversas razões, e a molesta insistentemente, por meio de atos persecutórios – diretos ou indiretos, presenciais ou virtuais – sempre contra a vontade da vítima". Este agente causador pode seguir alguns critérios como, a sua relação com a vítima, o motivo que existe para persegui-la e algum nível de distúrbio psicológico (ROCHA, 2020).

Uma forma em específico é muito recorrente nos dias atuais, o *Cyberstalking*, que é o *stalking* em sua forma já explicada, porém em meios virtuais, causando o mesmo dano psicológico. O *cyberstalking* necessariamente não envolve o diálogo direto com a vítima, em muitos casos o agente persegue a vítima por meio de publicações em redes sociais, sem que a mesma perceba (SOUSA, 2020).

As mulheres por muitas vezes são as vítimas dos *stalkers*. A motivação pela qual essas vítimas são perseguidas tem vários nortes, uma forçada reconciliação por parte do *stalker*, busca de relacionamento com uma pessoa por motivo torpe e sem o consentimento da vítima, o desejo de intimidar ou assustar, e até em casos graves para resultar uma tentativa de estupro ou sequestro (SOUSA, 2020).

A ação do *stalker* por padrão é algo difícil de conter, pois estes muitas vezes agem de forma online e anônima sem qualquer resquício de identificação. As medidas de proteção mais comuns como, ocultação ou mudança de rede social, trocar número de telefone, sair de uma cidade para outra, dentre outros métodos, muitas vezes não tem sucesso, pois os *stalkers* em pouquíssimo tempo descobrem todos os novos passos da vítima (JESUS, 2008).

Como o Brasil enfrentou a necessidade de punir o stalking

Diante todo o problema que o *stalking* representa, foi necessária a criminalização do mesmo na lei, como crime autônomo, para poder proteger suas vítimas das diversas consequências que o *stalking* proporciona (SENA, 2020). A primeira lei, disposta em código, para punir o *stalking* foi o art. 65 da Lei nº 3.688/1941, que diz: "Molestar alguem ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis" (BRASIL, 1941).

No dia 31 de março de 2021 entrou em vigor a lei 14.132/21 que, incluiu o art. 147-A no Código Penal, e além de aumentar a pena, também revoga o art. 65 da lei de contravenções penais.

> Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (BRASIL, 2021).

A pena será aumentada até a metade nos casos: "I – contra criança, adolescente ou idoso; II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma." (BRASIL, 2021).

A lei 14.132/21, supre as lacunas deixadas pelo art. 65 na lei de contravenções penais, já que a perturbação de tranquilidade alheia, prevista no citado artigo, não abrangia o *cyberstalking*, visto que o legislador em 1941 não previu o advento da internet, e baseou-se apenas nas situações e condutas da época (GIONÉDES; MENDES, 2021).

O delito de *stalking* previsto no 147-A, pode ser cometido tanto em meios físicos, como em meios virtuais, ou juntar os dois tipos. A conduta é mostrada como delito comissivo, onde sempre haverá a prática do ato de *stalking*, direta ou indiretamente, com o objetivo de chamar a atenção da vítima (ZANROSSO; STRATUS, 2021).

Como já citado anteriormente, as mulheres são por vezes as maiores vítimas do *stalking*. O ato de perseguir mulheres, foi por muitos anos algo normalizado pela sociedade, tratado como uma manifestação de carinho, tentativa de iniciar um relacionamento, ou até mesmo por brincadeira, porém atrás desses atos "normais" estava o sofrimento psicológico em que as vítimas passam (FERRAZ, 2021).

Sobre a normalização do *stalking* diante da sociedade, Milena Gomes explica:

> Diante disso, verifica-se que o *stalking* praticado por parceiro íntimo costuma ser romantizado, atribuindo ao agressor qualidades de bom homem, sendo aquele que cuida e zela pela sua mulher, o que impossibilita, aos olhos da maioria, enxergar a perseguição e obsessão embutidas nas condutas perpetradas pelo stalker (GOMES, 2021, não paginado).

A normalização do *stalking* perante a sociedade também pode ser abordada por um viés de inferioridade. Historicamente foi criada uma imagem machista de que o sexo feminino é inferior ao masculino, e isso acaba se perpetuando até hoje, e muito por esse motivo o agente tem a tendencia de perseguir a vítima, pois tem o pré-conceito de que ela é indefesa e pode ser dominada conforme sua vontade. (GOMES, 2021).

Um exemplo prático está contido na Apelação Crime n. 70084661644 (RIO GRANDE DO SUL, 2021)

> APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIAS DE FATO.A palavra da vítima assume especial relevância no contexto de violência doméstica, haja vista a tipologia delitiva ocorrer, na sua maioria, sem a presença de testemunhas. A convergência das declarações prestadas pela vítima em sede policial e em juízo, somada aos depoimentos da ex-companheira do acusado e da psicóloga responsável pelo tratamento da ofendida, demonstra a prática da infração, a tornar isolada a versão defensiva. AMEAÇAS.As ameaças

> narradas no primeiro, segundo, quarto e sétimo fatos da exordial acusatória foram comprovados pela prova oral colhida. As declarações da ofendida foram corroboradas pelos demais elementos dos autos, a amparar a condenação. Com relação ao quinto fato ? ameaças feitas pelo telefone ? os depoimentos da vítima não apresentam a mesma convergência, bem como não foram corroborados pelos registros telefônicos juntados aos autos. Com fundamento no in dubio pro reo, impositiva a absolvição no ponto. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE.A prova produzida demonstra que o réu, mesmo após o término do relacionamento, perseguia a vítima em sua residência, em seu local de trabalho e em via pública, o que a fez registrar diversas ocorrências policiais. As condutas de perseguição e vigília que se prolongam no tempo aumentam a sensação de insegurança e de intranquilidade da vítima (*stalking*), a justificar a punição autônoma pela contravenção imputada, ausente bis in idem. Manutenção da condenação. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2021). (*grifamos*).

A jurisprudência mostra um caso claro de *stalking* onde o agente, com intenção de recomeçar seu relacionamento, persegue a vítima por diversos dias lhe proferindo ameaças, agredindo, e ameaçando de morte verbalmente, e sem sucesso, acaba por fim a ameaçá-la com uma arma de fogo caso não voltasse a ter contato com o agente (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Essa perseguição, como mostrada na anterior jurisprudência, pode gerar casos graves, como o feminicídio, por exemplo. O feminicídio é considerado uma tutela especial, conseguida pela lei maria da penha, que imputa o crime de homicídio quando este é praticado em razão do sexo feminino. (LERNER; BISET, 2021). O crime está previsto no Art. 121, § 2º, IV: "Art. 121. Matar alguém: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos" (BRASIL, 1940).

Em relação ao *stalking* e sua ligação com o feminicídio, Lerner e Biset explicam:

> Verifica-se, portanto, uma ligação direta entre o *"stalking"* e o feminicídio, ao ponto em que é possível considerar a perseguição ("*stalking*") como um "ato preparatório" ao feminicídio. Se inicia com uma "simples" criação de "fake" na internet para acompanhar a vida do outro, uma invasão às redes sociais, o envio de mensagens e e-mails inadequados e sem permissão, tudo com base em uma ideologia possessiva e contínua, que ao final, culminará em um feminicídio (LERNER; BISET, 2021, n./p.).

Pelo elevado número de mulheres vítimas de *stalking*, este crime também é considerado violência de gênero, com previsão legal no Art. 147-A, §1º, II do Código Penal, onde o agente que praticar o crime de *stalking* por razoes de sexo feminino, terá pena de seis meses a dois anos e multa (BRASIL, 1940). O que está previsto no Código Penal, pode ser compreendido como uma continuação da tutela especial da Lei Maria da Penha (LERNER; BISET, 2021).

Ainda pontuam Lerner e Biset (2021, não paginado): "A infração penal trazida pelo artigo 147-A poderá servir como inibidor da ocorrência do feminicídio. Ao se punir de imediato o agressor, as chances de evitar um resultado mais gravoso (feminicídio) são muito grandes."

Outra forma de contextualizar a relação do *stalking* com a Lei Maria da Penha é a violência doméstica, onde é necessário a vítima ter um contato amoroso ou íntimo com o agente, porém a justiça, reconheceu que nos casos de *stalking*, podem existir ligações mais subjetivas, sem necessariamente o agente ter um contato direto com a vítima (FERRAZ, 2021).

Está previsto no Art. 41 da Lei Maria da Penha: "Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995" (BRASIL, 2006).

Sobre as modificações de lei para proteger as mulheres em relação ao *stalking*, Glaidson Teixeira opina:

> A criação constante de leis punitivistas não cessa violência, pois o problema é muito profundo, precisa ser estudado e trabalhado diariamente pela sociedade e poder públicos. Mas qualquer proteção à mulher, com intenção de coibir esta violência, é um avanço que deve ser reconhecido. (TEIXEIRA, 2021, n./p).

ALGUMAS MEDIDAS PROTETIVAS QUE AMPARAM À VÍTIMA DA LEI MARIA DA PENHA ACOMPANHADO COM O CRIME DE *STALKING*

Com esse impugnante fato que abala a sociedade brasileira com a junção desses dois tipos penais a Lei Maria da Penha e Lei do *Stalking*, o Estado reconheceu a necessidade de realizar algumas medidas para amenizar esse obstáculo, assim, para a perseguição contra a mulher fornece um conjunto de instituições e serviços do para atender às mulheres vítimas de violência, assim como seus filhos, estando presentes justiça, saúde, segurança pública e assistência social.

Na Segurança Pública: Delegacias de Polícia comuns e especializadas (DEAMs); Patrulhas da Polícia Militar comuns e Patrulhas Maria da Penha; Guardas Municipais comuns e Maria da Penha; Corpo de Bombeiros; Instituto Médico Legal. No Sistema de Justiça: Juízos comuns e especializados; Promotorias comuns e especializadas; Defensorias comuns e Núcleos de Defesa da Mulher das Defensorias Públicas. Rede de Atendimento à Mulher nº 827. Na Saúde: Postos/Centros de Saúde; Hospitais; Serviços de saúde especializados em atendimento a mulheres em situação de violência; SAMU.

Na assistência social: Casas - Abrigo; Casas de Acolhimento para Mulheres em Situação de Violência; Centros de Referência Especializados de Assistência Social - CREAS; Centros de Referência de Assistência Social – CRAS. (BRASIL, 2020). Contudo, quando envolvem crimes de violência psicológica, as vítimas necessitam de tratamento e

acompanhamento especializado para voltar a viver uma vida "normal", sem medo de sair na rua ou atender um telefone celular (FERRAZ, 2021).

Relacionado o crime de *stalking* algumas dicas são consideradas válidas, como por exemplo: a realização de boas escolhas online. Evitar divulgar dados como endereço, local de trabalho/estudo ou telefone em redes sociais, sempre utilizando o seu o perfil para que apenas pessoas próximas tenham acesso às suas informações. Ter cuidado com quem irá se relacionar e manter conversas online, nunca podemos ter certeza de quem está do outro lado da tela. Caso esteja sendo vítima de *stalking*, grave todas as possíveis provas, particularmente aquelas que são explicitamente abusivas ou ameaçadoras, pois elas podem servir de evidências para ser registrado um boletim de ocorrência nos órgãos competentes (MELO, 2021).

CONCLUSÃO

Com o estudo desenvolvido no decorrer deste artigo, é possível compreender e concluir que a perseguição e a violência contra a mulher são realidades remotas, mas ainda assolando a vida e a realidade de nosso país, pois sempre foi imposto condutas do sistema patriarcal para suas filhas e mulheres.

Em relação a legislação brasileira devemos ter a compreensão que a Lei Maria da Penha abrange apenas a violência doméstica e familiar contra a mulher, e o Crime de *Stalking* e a Lei Maria da Penha relacionam - se, pois, com a frequente perseguição contra à vítima esse fenômeno geralmente se agrava ocorrendo a violência contra a mesma e possivelmente no feminicídio. Assim o Estado percebeu a necessidade de positivar uma lei que incriminasse essas condutas, não podendo considera-las normais em nosso meio social e colocando ao alcance para as mulheres algumas medidas eficazes para a diminuição desse acontecimento corriqueiro.

Em tocante a isso em nossa Carta Magna encontra - se devidamente expresso que homens e mulheres devem ser tratados de forma igualitária, carecendo de sua aplicação em nosso cotidiano de modo que essa lamentosa realidade possa findar - se para que as mulheres consigam ter uma vida "normal" e com paz em qualquer lugar e horário. Pois toda cidadã precisa e merece viver de forma harmoniosa na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AMIKY, Luciana Gerbovic. **Stalking**. 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC - SP. São Paulo, 2014.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, Protetivos e criminais da violência de gênero Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. São Paulo:

Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Brasília, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/ebserh-apoia-acao-do-mfdh-q ue-visa-combater-violencia-contra-a-mulher/enfrentando-a-violencia-domestica-e-fa miliar-contra-a-mulher.pdf. Acesso em: 10 jul.2021

BRASIL. Senado. **Decreto n. 3.668, de 02 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 01.agosto.2021

BRASIL. Senado. **Lei n. 11.340, de 06 de agosto de 2006.** Diário Oficial da União, 06 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 03 ago. 2021

BRASIL. Senado. **Lei n. 14.132, de 30 de março de 2021.** Diário Oficial da União, 01 de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm#art2. Acesso em: 04. ago. 2021

BOTTIGLIERI, Bruno. **A responsabilidade civil das pessoas que perseguem obsessivamente (stalking).** Jusbrasil. 2017. Disponível em: https://brunobottiglieri.jusbrasil.com.br/artigos/514430523/a-responsabilidade-civil-d as-pessoas-que-perseguem-obsessivamente-stalking#_ftn7. Acesso em: 20 jul. 2021

CAVALCANTE, Márcio. **Lei 14.132/2021: institui o crime de perseguição (stalking) - art. 147-A do Código Penal.** Dizer o Direito. 2021. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2021/04/lei-141322021-institui-o-crime-de.html. Acesso em: 14 ago. 2021

CORRÊA, Fernanda. A violência contra mulher: Um olhar histórico sobre o tema. **Âmbito Jurídico**. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-contra-mulher-um-ol har-historico-sobre-o-tema/. Acesso em: 13 jul. 2021

DAVID, Marisa. **A Neo Criminalização do Stalking.** 2017. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance.**Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar.** São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ. Gabriela. **A lei de Stalking e sua relação com a Lei Maria da Penha no Brasil.** Jusbrasil.2021. Disponível em: https://gabriellabferraz.jusbrasil.com.br/artigos/1199468088/a-lei-de-stalking-e-sua-relacao-com-a-lei-maria-da-penha-no-brasil. Acesso em: 12 jun. 2021

GIONÉDIS, L; MENDES,S. **Stalking: criminalização e direito à indenização. Migalhas**.2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/347242/stalking-criminalizacao-e-direito-a-indenizacao. Acesso em: 17 jun. 2021

GOMES. Milena**. O stalking como forma de violência de gênero e sua previsão legal no ordenamento jurídico.** Jusbrasil. 2021. Disponível em: pátriohttps://mbatistag23.jusbrasil.com.br/artigos/1165160015/o-stalking-como-form a-de-violencia-de-genero-e-sua-previsao-legal-no-ordenamento-juridico-patrio. Acesso em: 30 jun.2021

JESUS, Damásio. **Stalking**. Jus.com.br. 2008.Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10846/stalking. Acesso: 04 jul. 2021

LENER, B; BISET, M. **O crime de perseguição como continuidade da tutela especial da Lei Maria da Penha e o reflexo nos índices de feminicídio**. 2021. Disponível em: https://lernerbeatriz7844.jusbrasil.com.br/artigos/1192463433/o-crime-de-perseguic ao-como-continuidade-da-tutela-%09especial-da-lei-maria-da-penha-e-o-reflexo-nos indices-de-fem%09inicidio. Acesso: 11 jun. 2021

QUEIROZ. Lidiane. **Do crime de Stalking.** Jusbrasil. 2021. Disponível em:<https://lidianequeirozadv.jusbrasil.com.br/artigos/1188319707/do-crime-de-stalking . Acesso em: 25 jun. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n.70084661644. **Violência Doméstica, Recurso do Ministério Público, Vias de Fato.** Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Primeira Câmara Criminal. Porto Alegre, RS. 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1233597556/apelacao-criminal-apr-70084661644-rs/inteiro-teor-1233597559. Acesso em: 12 jun. 2021

ROCHA, Eliana Catarina da Silva. **Stalking sob o olhar das vítimas**: concepções e percepções sobre o crime. 2020. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto. Porto. 2020

SENA, Ana. Stalking: **A necessidade de uma legislação específica e o poder instrutório do juiz.** Jus.com.br.2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/86680/stalking-a-necessidade-de-uma-legislacao-especifica-e-o-poder-instrutorio-do-juiz. Acesso em: 08 ago. 2021

SOARES, Bárbara**. Enfrentando a Violência Contra a Mulher**. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando -a-violencia-contra-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios. Acesso em: 21 jul. 2021

SOARES, Bárbara. **Enfrentando a Violência Contra a Mulher.** 2005. Disponível em: http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/violencia.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021

SOARES, Bárbara. **Violência Contra a Mulher.** 2005. Disponível em: http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/violencia.pdf https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/saiba-o-que-e-o-stalking-e-co mo-se-defender. Acesso em: 01 jul. 2021

SOUZA Dynair de; BENDÔ, Inês. **O crime de stalking e a violência contra a mulher.** Olhar Jurídico. 2021. Disponível em: https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=1019&artigo=o-crime-de-stalki ng-e-a-violencia-contra-a-mulher. Acesso em: 02 ago. 2021

SOUZA, Camila Santana de. **Stalking e violência de gênero: a criminalização do stalking como medida preventiva ao feminicídio.** 2020. Monografia - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília. 2020

TEIXEIRA. Glaidson. **Crime de Perseguição (Stalking) e Lei Maria da Penha.** Jusbrasil.2021. Disponível em: https://glaidsadv.jusbrasil.com.br/artigos/1206301146/crime-de-perseguicao-stalking -e-lei-maria-da-penha. Acesso em: 20 ago. 2021

ZANROSSO, J; STRAUS, S. **Stalking, uma perseguição obsessiva que interfere na liberdade e até na segurança da vítima.** 2021. Disponível em: https://unoesc.emnuvens.com.br/apeusmo/article/view/27953. Acesso em: 10 jun. 2021

MINISTÉRIO PÚBLICO: A IMPORTÂNCIA NA DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE[1]

Luis Alberto Esposito[2]
Kethllen Girardi Dorneles[3]

RESUMO: O presente artigo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, objetiva compreender qual o impacto que a atuação do Ministério Público causou perante todas as mudanças enfrentadas sobre a proteção dos interesses difusos e coletivos na sociedade. Por muito tempo a população brasileira viveu sem ser ouvida, sem ter seus direitos coletivos e difusos completamente atendidos e respeitados. Somente com o advento da Constituição Federal pode-se ter a garantia de seus direitos fundamentais, bem como instrumentos para sua defesa. Dentre estes, destaca-se a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor na proteção dos interesses e direitos coletivos. A partir de então, o Ministério Público, o qual era visto somente como "fiscal da lei", passa a atuar como o principal ator na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Palavras-chave: Direitos Coletivos. Direitos Difusos. Ministério Público.

INTRODUÇÃO

Os interesses e direitos coletivos por muito tempo foram sonegados no direito brasileiro. A primeira ação coletiva de proteção de direitos transindividuais só veio a ser editada em 1965, com a Lei 4.717, que regulamentaria a Ação Popular, possibilitando a qualquer cidadão pleitear a nulidade de atos lesivos ao erário.

Outros dois marcos legislativos importantes na proteção dos interesses e direitos coletivos foi a criação da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

A partir da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público torna-se um legitimado universal, e um importante aliado na defesa dos interesses e direitos coletivos perante o cidadão e a sociedade.

Com essa constitucionalização o Ministério Público não só passa a proteger os interesses e direitos coletivos por meio das ações específicas como autor ou fiscal da lei, como também atua na pacificação extrajudicial desses conflitos coletivos.

---

[1] Artigo acadêmico apresentado no XXVIII FÓRUM DE ESTUDOS DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS II SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO CONTEMPORÂNEO IX MOSTRA CIENTÍFICA XXIX ENCONTRO DE DIPLOMADOS.

[2] Advogado. Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada – Santo Ângelo.

[3] Acadêmica de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim.

ORIGEM DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Na vigência da Lei nº 1.134/50, não havia expressa alusão aos interesses e direitos coletivos, apenas menção à legitimidade extraordinária conferida a um ente específico ou a uma associação de classe, conforme estabelecia o art. 1º da referida norma:

> Art. 1º Às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.

A primeira lei que tratou realmente sobre a proteção dos direitos transindividuais foi a Lei nº 4.717/65, a qual regulamentou a então conhecida ação popular, possibilitou a legitimação extraordinária de qualquer cidadão pleitear a nulidade de atos lesivos ao erário público. Esta legitimidade se torna direito fundamental do cidadão na Constituição Federal de 1988 com a redação do art. 5º, LXXIII.

Em 1981, foi editada a lei nº 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, definindo o meio ambiente como um "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", capitulando um novo tema de interesse coletivo.

Em 1985 foi criada a ação civil pública, regida pela Lei nº 7347/85, que viabilizaria a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passa a ser o legitimado universal para ajuizar a ação civil pública e promover o inquérito civil público, também prevendo o mandado de segurança coletivo.

Posteriormente, sobrevêm o Código de Defesa do Consumidor em 1990, que trata do processo coletivo e conceitua direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com a Lei de Improbidade Administrativa, criada em 1992, e o Estatuto da Cidade em 2001, somaram-se ao ordenamento jurídico, importantes instrumentos de proteção aos interesses e direitos coletivos.

FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS

O art. 129, III, da Constituição Federal estabelece que o Ministério Púbico tem por função institucional a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do

patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos.

É inegável que após o advento da Constituição Federal de 1988, houve um considerável fortalecimento das instituições, especialmente do Poder Judiciário e do Ministério Público na proteção dos interesses coletivos.

Deste modo, o Poder Judiciário passa a ocupar uma posição central, decidindo questões de grande relevância social e política, inclusive aquelas que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que não vinham sendo concretizadas.

Assumida essa centralidade pelo Poder Judiciário, a confiança depositada pela sociedade nas instituições é reforçada e intensificada.

Com o surgimento de novos instrumentos processuais de tutela coletiva, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Ação Popular, Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção Coletivo e o Habeas Corpus Coletivo, o Ministério Público passa a ter um compêndio de atuações na proteção dos interesses coletivos.

Como afirma Barroso (2009, p. 332), são três as causas para a legitimação judicial no Brasil: a) a redemocratização do país; b) a constitucionalização abrangente; e c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Na primeira importa observar que, a partir da Constituição de 1988 houve um reposicionamento do poder judiciário frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura. Juntamente da atuação do judiciário, houve o crescimento do Ministério Público, o qual deixou a posição exclusiva de órgão acusador, para volta-se às questões relacionadas ao interesse social.

Por meio do Ministério Público, o cidadão tem acesso ao Judiciário e consegue postular a adequada prestação jurisdicional.

A segunda causa da legitimação judicial trata da constitucionalização abrangente. O país, na época em que se realizava a formulação da atual Constituição, ainda se encontrava traumatizado com mais de 20 anos de ditadura militar. Ou seja, era necessário constitucionalizar certas matérias e dar-lhes contorno de Direito.

A terceira causa elencada decorre do sistema misto de controle de constitucionalidade que

> "[...] permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal - autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos

> diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).
> Ambas as formas de controle podem ser realizadas no âmbito das ações coletivas: a) O controle concentrado é inerente às ações diretas [ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)], que têm natureza de ação coletiva; e b) as ações coletivas em geral podem ser utilizadas como instrumento de controle difuso de constitucionalidade". (apud RAMOS, 2010)

Desta forma, conclui-se que é no judiciário que irá desaguar, por meio das ações coletivas, os problemas de grande repercussão social e política não solucionados pelos poderes executivos e legislativos. No entanto, a falta de um código de processo coletivo ou uma regulamentação mais aprimorada das ações coletivas, acaba dificultando muitas vezes a sua efetivação no plano prático para atender os desígnios da Constituição.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS

Na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn), regulamentada pela Lei 9.868/99, o objetivo geral é impedir que norma contraria à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional, de forma que também assegura a imposição da norma inclusive em relação aos poderes estatais. Além disso, a ADIn objetiva a preservação jurídica, impedindo que surjam decisões discrepantes sobre a constitucionalidade.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), não está claramente prevista na Constituição Federal, nem mesmo sua denominação está presente no texto constitucional. A sua existência é deduzida a partir da combinação dos arts. 102 e 103 da Constituição, mas é com a Lei 12.063 que foi regulamentada e incorporada à Lei 9.868/99.

A ADO tornou-se um meio judicial de controle abstrato e repressivo. Nestes casos, quando há decisão de mérito, declara-se a inconstitucionalidade de certa omissão, informando a autoridade competente com ou sem fixação de prazo para criação da norma.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), surgiu com a finalidade de confirmar definitivamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de certo dispositivo, permitindo de um lado firmar a obrigatoriedade-supremacia do texto constitucional e, de outro, a validade ou não do ato normativo questionado, eliminando a insegurança jurídica gerada pela discussão jurídica acerca de sua inconstitucionalidade.

Portanto,

> Sistemas que combinam o controle de constitucionalidade abstrato e concreto, como o brasileiro, podem ter resultados indesejáveis para a administração da justiça, como ocorre com a interposição em série de ações idênticas na substância para impugnar a constitucionalidade de certo

> dispositivo. A concessão de cautelares, em caso de ações individuais que questionam a constitucionalidade de normas, pode agravar ainda mais a situação, gerando discrepâncias e incerteza jurídica. (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 151):

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), regulamentada na Lei nº 9.882/99, possui como base o art. 102, §1º da Constituição Federal, que diz que "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Nesta senda, a ADPF caracteriza-se como uma ação de concentração de constitucionalidade e que tem efeito *erga omnes* por possuir caráter retroativo ao tratar interesse social e coletivo.

Dentre os legitimados para as ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF), encontra-se o Procurador-Geral da República, conforme preconiza o art. 103, "e", da Constituição Federal, e arts. 2º, 12-A. da Lei nº 9.868/99, que também será ouvido como fiscal da lei.

A Ação Popular, regulamentada pela Lei 4.717/65, é considerada como um instrumento destinado à anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à modalidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico-cultural. Sendo seus legitimados para propor a ação, qualquer cidadão, podendo o Ministério Público intervir e atuar como fiscal da lei, bem como representar o cidadão que abandonar ou desistir a ação.

A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85 e no Código do Consumidor, é o meio processual mais adequado para a defesa de interesses transindividuais, sendo o Ministério Público legitimado universal para essas ações.

Os interesses na tutela de direitos transindividuais não pertencem a uma ou algumas pessoas específicas, mas sim a um grupo, uma classe ou categoria de pessoas, podendo estas serem determináveis ou não. Desta forma, torna-se importantíssima a questão da legitimidade, a qual foi atribuída a determinados entes, para que assim fosse possível promover em nome próprio a defesa desses interesses, os quais são, conforme os termos do art. 5º da Lei 7.347/85:

> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> **I - o Ministério Público**;
> **II - a Defensoria Pública;**
> **III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**;
> **IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;**
> **V - a associação que, concomitantemente:**
> (...) – grifei

O Mandado de Segurança Coletivo previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e regulamentado na Lei nº 12.016/09 em seus arts. 20 e 22,

> [...] é instrumento constitucional que visa assegurar a proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra atos ou omissões por parte de autoridades cuja atuação se reveste de ilegalidade ou abuso de poder, tendo como principal objetivo, a maior facilidade no acesso à justiça e consequentemente, uma considerável celeridade, devido ao fato de permitir que pessoas jurídicas protejam os direitos de seus membros, impedindo um eventual ajuizamento de inúmeras ações similares junto ao Poder Judiciário (SOUSA, 2016).

Desta forma, o Ministério Público age no Mandado de Segurança Coletivo como fiscal da lei nos termos do art. 12, da Lei 12.016/09.

O Mandado de Injunção Coletivo preconizado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LXXI, é concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo Fachini [s.d], é uma ação que busca compelir o Poder Judiciário a solucionar determinada situação que foi gerada devido a omissão legislativa ou normativa do Poder Público. Assim compreende-se que, para a impetração do mandado de injunção coletivo é necessário a inexistência de lei, norma por parte do Poder Público, que possibilite a aplicação e eficácia dos direitos e garantias constitucionais. O Ministério Público, da mesma forma que atua como fiscal da lei, também possui legitimidade para propor a ação, como refere o art. 12, inciso I, da Lei nº 13.300/2016:

> Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
> I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Já o Habeas Corpus coletivo, de acordo com Carvalho (2018), tem por objetivo beneficiar um número indeterminado de pessoas, das quais se encontram em situação semelhante, ao sofrerem ou se acharem ameaçadas de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, conforme estatui o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Um ponto a ser destacado, é que para impetrar habeas corpus coletivo, não é necessária capacidade postulatória, justamente para que seja ampliado o rol de legitimados.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COLETIVOS

A legitimação extrajudicial irá se caracterizar quando não houver coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e processual. Portanto, de modo excepcional,

> "a legislação processual brasileira admite que estranhos à relação jurídica de direito material compareçam em juízo, em nome próprio (substituição processual) ou em nome de outrem (representação processual), na defesa de direito alheio. Nesses casos, aqueles que têm legitimação para agir não são os mesmos que se afirmam titulares do direito material posto em juízo. Trata-se de exceção à regra geral, pois há uma verdadeira desvinculação entre a legitimidade para agir e a titularidade da relação jurídica de direito material. A legitimação, portanto, é extraordinária" (CAVALCANTI, 2017)

Este tipo de legitimação poderá ocorrer por meio de audiências públicas, reuniões, procedimento administrativo preliminar, inquérito civil, procedimento investigatório criminal, recomendações e termo de ajustamento de conduta. Porém, a atuação do Ministério Público se dá principalmente com o compromisso de ajustamento de conduta e o inquérito civil.

Referente ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta,

> O Portal de Direitos Coletivos[13] trás a seguinte definição, "é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo, com a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial" (SANTOS, 2015).

Já quanto ao Inquérito Civil, o autor refere que:

> Também conforme definição apresentada pelo Portal de Direitos Coletivos, "é um procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público para descobrir se um direito coletivo foi violado. Para tanto, o membro do Ministério Público pode solicitar perícia, fazer inspeções, ouvir testemunhas e requisitar documentos para firmar seu convencimento" (SANTOS, 2015).

O meio mais eficiente para solucionar problemas referentes a interesses difusos e coletivos é justamente o extrajudicial, tendo em vista que pode ser requerido de forma direta e não requer formalismos excessivos.

Assim, é inquestionável,

> Diante do estudo a importância dos instrumentos utilizados para dar maior

> eficiência às competências do Ministério Público, como forma de melhor e dar maior aproximação institucional com a coletividade, que de sua finalidade legal, sendo um ótimo caminho de desobstrução do judiciário e de uma prestação jurisdicional de melhor qualidade (ORTEGA, 2015).

Vê-se com isso, a importância da solução dos conflitos por meios alternativos à tutela unicamente jurisdicional.

O IMPACTO NA DEFESA DOS DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS PELA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com o avanço legislativo pós Constituição de 1988, o Ministério Público transforma-se num verdadeiro defensor da sociedade e de seus direitos constitucionais. O legislador enumerou diversos direitos e garantias de liberdade e independência do Ministério Público para que todas as suas dignas funções pudessem ser exercidas sem qualquer pressão externa. Desta forma, as garantias do Ministério Público, por serem garantias de defesa dos direitos de toda a sociedade, são imutáveis, consideradas cláusulas pétreas.

A Constituição Federal ao dispor no art. 127 que o Ministério Público é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", reafirma a sua condição como fiscal do regime democrático, conferindo-lhe garantias de independência e autonomias, bem como diversos sistemas de controle.

Importa destacar dentre essas garantias fundamentais à sociedade e ao regime democrático, a independência funcional, a vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade, que impedem não sofra pressões odiosas no exercício de seu dever.

Para concluir, analisando a pesquisa realizada por Arantes (1999, p.95), este entendeu que: "A sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que, por isso, as instituições da justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la".

Ainda nesse sentido, também é de se ressaltar a opinião da ex-procuradora da República de São Paulo, quando afirma que,

> Ao estabelecer o constituinte, como função institucional do Ministério Público, a promoção da ação civil pública para a defesa coletiva dos direitos, quer individuais quer coletivos, demonstrou sensibilidade, e estar atento à situação de marginalidade em que vive parte expressiva da população, flagrantemente hipossuficiente face os chamados Poderes públicos. Por não se encontrar, ainda, a sociedade civil devidamente organizada, de sorte a defender, através de associações e outros entes, os seus interesses, no atendimento de suas necessidades, incumbe no momento ao Ministério Público, precipuamente por força de sua função institucional, trazer ao

> Poder Judiciário as grandes questões, já que os outros Poderes do Estado, por sua própria natureza, não poderiam dirimi-las, além do que, em muitas oportunidades, atuam contra os direitos fundamentais dos cidadãos. (AMARAL, 1992).

Ou seja, ao tratar da defesa de seus direitos fundamentais, a sociedade ainda é fraca e incapaz, o que resulta na necessidade da intervenção de alguém em sua defesa, o que torno o papel do Ministério Público ainda mais relevante e imprescindível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Anterior à Constituição Federal de 1988 não havia instrumentos capazes de viabilizar a satisfação de todos os interesses difusos e coletivos. Com o tempo foram sendo criadas legislações protetivas específicas, sendo o grande marco histórico a Ação Civil Pública para a defesa de ambos os interesses.

Entende-se que embora na maioria dos casos a defesa dos interesses difusos e coletivos se dê pela via judicial, também há a possibilidade de se efetivar através de atuação extrajudicial, forma mais eficaz que desobstrui o judiciário e atende com presteza os anseios da sociedade. Vê-se a crescente preocupação com os direitos coletivos, e do importante papel que é exercido pelo Ministério Público, o qual se consagra em suas funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou difusos e coletivos.

Conclui-se então que, a junção de todos os fatores estudados, torna mais efetiva a prestação jurídica da tutela coletiva e contribui para alcançar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, principalmente com a atuação do Ministério Público nos conflitos da relação de Estado/sociedade.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. DIREITO E POLÍTICA: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.14, nº 39, fev. 1999, p. 83-102.

AMARAL, Ana Lúcia. (1992), **Processo civil coletivo: o acesso à Justiça no ano 2000**. São Paulo, mimeo.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Diego. **O Instituto do Habeas Corpus Coletivo frente ao Entendimento Jurisprudencial do STF.** Jusbrasil, 2018. Disponível em: https://carvalhoadvocaciajuridica.jusbrasil.com.br/artigos/670935219/o-instituto-do-habeas-corpus-coletivo-frente-ao-entendimento-jurisprudencial-do-stf. Acesso em: 17 ago 2021.

CAVALVANTI, Marcos de Araújo. O fim da substituição processual nas ações coletivas ajuizadas por associações para a tutela de direitos individuais homogêneos: uma crítica ao posicionamento firmado pelo Plenário do STF no julgamento do RE573.232/SC. **Revista de Processo,** v.257, jul. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.17.PDF. Acesso em: 19 ago 2021.

CORREIA, Bruno Malinowski. **Habeas corpus coletivo no cenário da pandemia.** Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/336049/habeas-corpus-coletivo-no-cenario-da-pandemia. Acesso em: 18 ago 2021.

Código de Defesa do Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **O mandado de segurança coletivo.** Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-mandado-de-seguranca-coletivo/. Acesso em: 17 ago 2021.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais, 4ª edição.** São Paulo: Grupo GEN, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006056/. Acesso em: 06 ago 2021.

FIGUEIREDO, Stephanie. **O que é ADPF? Entenda o seu cabimento e efeitos da decisão.** Aurum, 2020. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/adpf/. Acesso em: 18 ago 2021.

FACHINI, Tiago. **Mandado de Injunção: o que é, exemplo e resumo completo.** Projuris. Disponível em: https://www.projuris.com.br/mandado-de-injuncao/. Acesso em: 17 ago 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Coleção sinopses jurídicas 26 - Tutela de interesses difusos e coletivos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553172955. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172955/. Acesso em: 03 ago 2021

Lei nº 13.300/2016: Regulamentação do mandado de injunção e a atuação do Ministério Público. Ministério Público do Paraná, 2017. Disponível em:

https://civel.mppr.mp.br/2017/02/13/Lei-no-13300-2016-Regulamentacao-do-mandado-de-injuncao-e-a-atuacao-do-Ministerio-Publico.html#. Acesso em: 17 ago 2021.

MORAES, Alexandre de. Garantias do Ministério Público em defesa da sociedade. **Revista Justitia São Paulo**, abr/jun. 1996, p.89-94.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Entenda a atuação extrajudicial do Ministério Público.** Jusbrasil, 2015. Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322982018/entenda-a-atuacao-extrajudicial-do-ministerio-publico. Acesso em: 19 ago 2021.

PIZZATTO, Pablo. **HC Coletivo e Legitimidade Ativa: uma visão.** Olharjurídico, 2020. Disponível em: https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=930&artigo=hc-coletivo-e-legitimidade-ativa-uma-visao. Acesso em: 18 ago 2021.

RAMOS, Adriana Monteiro. Artigo 07: REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES COLETIVAS. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, [S.l.], v. 1, n. 02, p. 46-60, jun. 2010. ISSN 2178-2008. Disponível em: http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/28. Acesso em: 18 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/. Acesso em: 16 ago 2021

SANTOS, Romário da Silva. **A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos.** JUS, Mar, 2015.

SANTOS, Leonardo Corrêa dos. **Preceitos fundamentais**: identificação e conceituação. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2017. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48514/preceitos-fundamentais-identificacao-e-conceituacao. Acesso em: 18 ago 2021.

SOUSA, Virgínia Martins de. **Mandado de Segurança Coletivo.** Jurídico Certo, 2016. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/virginia-martins/artigos/mandado-de-seguranca-coletivo-2257. Acesso em: 17 ago 2021.

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O APRISIONAMENTO DE MULHERES NO BRASIL[1]

Letícia Bonella[2]

RESUMO: A pena privativa de liberdade possui falhas e recebe críticas desde seu surgimento e consolidação como forma de punição. Com base nesta afirmação pretende-se fazer um estudo do surgimento, desenvolvimento e estruturação do sistema penitenciário, com a finalidade de compreender como se dá o encarceramento feminino, bem como, delinear o perfil das mulheres encarceradas no Brasil. Assim, inicialmente, o trabalho voltou-se à análise do advento da pena privativa de liberdade como meio para punição dos delitos, apontando ainda as críticas que esse modelo punitivo recebe, em especial das teorias criminológicas. Em seguida, serão levantadas questões relacionadas ao sistema carcerário brasileiro para, por fim, estabelecer as condições em que se dá o encarceramento feminino, trazendo dados sobre as mulheres aprisionadas nas penitenciárias do Brasil. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através da técnica bibliográfica pela análise de livros, artigos e pesquisas de dados realizadas acerca da temática.

Palavras-chave: Sistema penitenciário. Encarceramento. Mulheres. Dados.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo do surgimento, desenvolvimento e estruturação do sistema penitenciário, para compreender como se dá o encarceramento feminino. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através da técnica bibliográfica pela análise de livros, artigos e pesquisas de dados realizadas acerca da temática.

A punição dos indivíduos que cometeram atos delituosos sempre esteve presente desde os primórdios da organização social, assim, em um primeiro momento, o trabalho será voltado à análise do surgimento e consolidação da pena privativa de liberdade para a sanção dos delitos. Ainda, com a finalidade de demonstrar que o sistema penitenciário atua sob bases seletivistas, racistas, classistas e com um cunho criminógeno, serão examinados quais os objetivos sociais pretendidos com esta modalidade de punição, suas consequências perante a sociedade atual e as críticas que recebe, dentre as quais serão abordadas aquelas feitas pelas teorias criminológicas modernas, o *labeling approuch* e a teoria crítica.

---

[1] O trabalho teve como orientador o Professor Andrey Henrique Andreolla. Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-Graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal
e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. *E-mail:* andreyandreolla@uricer.edu.br

[2] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Erechim/RS. *E-mail*: letibonella06@gmail.com

Em seguida, serão abordados aspectos do sistema carcerário brasileiro, destacando a situação precária em que se encontram as penitenciárias, bem como a ineficiência da pena de prisão em cumprir com seus propósitos de reeducação e socialização dos apenados, bem como a constante violação dos direitos fundamentais que ocorre dentro do sistema carcerário.

Serão exploradas questões envolvendo a mulher que se encontra dentro do sistema prisional, enfatizando como é tratada a questão da criminalidade feminina e a invisibilidade que lhes é relegada perante os estudos criminológicos, o governo e a sociedade, visto que o sistema penal e penitenciário foi pensado, planejado e estruturado para e por homens, com base em ideais androcêntricos.

Por fim, serão analisados os dados disponibilizados pelos órgãos governamentais acerca da população carcerária feminina brasileira, o número total de presas, faixa etária, quais foram os crimes que as levaram à prisão, tudo isso com o intuito de verificar a existência de um perfil específico dentre as mulheres aprisionadas.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: PRINCIPAIS ASPECTOS

A sociedade, desde seu surgimento enquanto uma instituição organizada e ao longo de todo o seu desenvolvimento, até a atualidade, sempre buscou maneiras para punir aqueles que praticaram condutas consideradas delituosas. Como destaca Bitencourt (2011), a origem da pena é muito remota, sendo tão antiga quanto a humanidade e, por esse motivo, difícil situar suas origens.

> Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos que eram contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco a sua existência (GRECO, 2015, p. 83-84).

A pena privativa de liberdade começa a ocupar lugar de destaque por volta do século XVIII e século XIX, principalmente após a Revolução Francesa. Até então os crimes eram punidos através das penas corporais, dos suplícios, nos quais o corpo do condenado era o alvo da aplicação das penas para compensação de seus delitos:

> Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. Claro, tal afirmação em termos globais deve ser bem entendida. Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto nem de acordo com um único processo. Houve atrasos (FOUCAULT, 1999, p. 18).

A crise da pena de morte e das penas degradantes culmina para o surgimento da pena privativa de liberdade, a qual é impulsionada também pelos ideais iluministas e pela Revolução Francesa, fazendo com que essa modalidade punitiva passasse a ocupar um lugar de destaque, uma vez que surge a preocupação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual ainda em fase inicial mas que já começava a ser discutido (Greco, 2015). Foucault (1999, p. 20) aponta que agora o que a execução da pena fere "não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições".

Após a repressividade do Antigo Regime e do período de acumulação de capital, a Revolução Industrial provocaria uma mudança na forma de exercer o controle estatal através dos castigos. Buscava-se uma utilidade com a pena, a qual serviria ao disciplinamento dos grandes contingentes humanos explorados nas fábricas e privados de qualquer benefício pessoal (ANITUA, 2008). Dessa forma:

> É interessante apontar que a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado, dito em termos muito esquemáticos, fez surgir a tese de que é um mito pretender ressocializar o delinquente por meio da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2011, p. 51).

Apesar do discurso envolvendo os princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes por meio da pena, não se pode ser ingênuo em afirmar que a prisão surge a partir de um impulso como um ato humanitário para reformar o delinquente. Deve ser levado em consideração que existem muitos condicionamentos, vinculados à estrutura sociopolítica, que tornam extremamente difícil, quando não impossível, a transformação do delinquente (BITENCOURT, 2011).

A pena privativa de liberdade para as teorias criminológicas

A pena privativa de liberdade recebe críticas desde seu surgimento, especialmente das criminologias, que sempre apontaram as falhas presentes nesse modelo punitivo. Apesar de tais críticas sempre estarem presentes nos discursos criminológicos, é a partir dos anos 60 que elas ganham maior voz, com a chamada teoria do *labeling approach* e, posteriormente, com a Criminologia Crítica.

Shecaira (2004) expõe que a teoria do *labeling approach*, também conhecida como teoria do etiquetamento ou da rotulação social, faz importante reflexão acerca do controle social punitivo que seleciona determinadas pessoas como perigosas, não confiáveis, moralmente repugnantes, tomando, contra essas pessoas, atitudes que não seriam adotadas contra qualquer um. A consequência dessa criminalização de condutas é o surgimento de

um processo estigmatizante. A repressão punitiva, em especial a prisão, passa a funcionar como um elemento da criminalização, gerando um processo de rotulação e de reincidência para a clientela do sistema penal.

> As condutas desviantes parecem ser alimentadas pelas agências designadas para inibi-las. Muitas instituições destinadas a desencorajar o comportamento desviante operam, na realidade, de modo a perpetuá-lo. Essas instituições acabam reunindo pessoas que estão à margem da sociedade em grupos segregados, o que dá a eles a oportunidade de ensinar uns aos outros as habilidades e comportamento da carreira delinqüente e, até mesmo, provocar o uso dessas habilidades para reforçar o senso de alienação do resto da sociedade. E por que? Talvez seja porque as pessoas não esperam que os agentes de delitos mudem enquanto estão nas agências de controle. Talvez só queiram desincumbir-se da tarefa que lhes foi atribuída de "recuperar" as pessoas (SHECAIRA, 2004, p. 297)

A Criminologia Crítica surge como uma ruptura aos antigos dogmas da criminologia clássica, apresentando assim uma nova análise que visa desconstruir o modelo oficial do sistema repressivo. Sob esse enfoque crítico, a criminologia vê os sistemas punitivos como insinceros e falaciosos, com funções simbólicas e estruturados de modo a não ter a operacionalidade prometida. Dessa forma, a função da pena de prisão serve para solidificar o processo seletivo da criminalização. O discurso oficial da prisão moderna é no sentido do controle da criminalidade e da promoção da reeducação do apenado. Todavia, a atual realidade carcerária demonstra que a pena privativa de liberdade não cumpre suas funções precípuas de ressocializar o criminalizado e evitar a reincidência criminosa. (TRINDADE, 2003).

> No programa crítico, os meios para reduzir o problema do crime devem ser buscados na política socioeconômica. Pois, o sistema de justiça criminal reproduz (e produz) iniquidade social ao interessar-se muito pela delinquência das classes sociais mais baixas e pouco por outro tipo de transgressão. Daí por que os mais pobres estarem sobrerrepresentados dentro do sistema carcerário. Como um modo de controle social, a intervenção penal brutaliza e transforma em bodes expiatórios os grupos mais vulneráveis da sociedade. (MENDES, 2017, p. 61).

Um ponto sempre presente nas críticas formuladas ao sistema penal é a forma seletiva que possui ao punir uma parcela específica e predeterminada da população. Essa seletividade penal recai, geralmente, sobre as classes sociais mais desfavorecidas, que vivem à margem da sociedade. Na maioria das vezes pessoas negras e de baixa renda, dessa forma o sistema penal fomenta, vez que produz e reproduz, os preconceitos observados na sociedade:

> [...] o sistema penal e, conseqüentemente, o sistema prisional, não obstante sejam apresentados como sendo de natureza igualitária, visando atingir indistintamente as pessoas em função de suas condutas, têm na verdade um caráter eminentemente seletivo, estando estatística e estruturalmente direcionados às camadas menos favorecidas da sociedade (ASSIS, 2007, p. 77).

Além da seletividade, pode-se dizer que o sistema carcerário atua de forma criminógena, pois em vez de regenerar e ressocializar o delinquente, acaba por degenerar, dessocializar, perverter e corromper os apenas. Desse modo, a prisão, por si mesma, age como um fábrica de reincidência, além de ser um fator para a criminalização (TRINDADE, 2003), visto que, com Bitencourt (2011, p. 168), pode-se dizer que "um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador".

A partir dos pontos expostos acima, é possível notar que o sistema penitenciário passa por uma crise de legitimidade, na qual é questionada sua efetividade no combate à criminalidade, uma vez que não há uma diminuição significativa na ocorrência de delitos, embora o número de estabelecimentos prisionais esteja crescendo.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL

Atualmente, é de conhecimento geral, que o sistema carcerário brasileiro passa por sérios problemas. As prisões encontram-se em condições deploráveis, com superpopulação, instalações em mau estado de conservação, alimentação deficiente, falta de orçamento, entre outras precariedades. Tais situações convertem a pena de prisão em um castigo desumano e degradante (BITENCOURT, 2011).

> Os problemas carcerários não são elementos exclusivos da realidade brasileira, mas adquirem aqui contornos alarmantes, mercê do reflexo do subdesenvolvimento econômico - a fornecer uma imensa massa de desempregados e subempregados que se tornam recrutas fáceis das organizações criminosas, principalmente quando ainda jovens - e das ineficientes políticas de segurança pública - a tornar inócuas as tentativas de procurar corrigir todos os males com a repressão e o recrudescimento das penalidades, que já se mostraram inaptas para tanto (BESSA, 2007, p. 62-63).

Em que pese a existência de garantias constitucionais e legislativas para assegurar a dignidade dos prisioneiros e para a adequada execução da pena privativa de liberdade, há constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais. No momento em que o preso passa à tutela do Estado, não perde apenas seu direito de liberdade, mas também outros direitos fundamentais não atingidos pela sentença, passando a ter um

tratamento abominável, sofrendo os mais variados tipos de castigos. Esse tipo de tratamento acarreta a degradação da personalidade e a perda da dignidade do apenado, em um processo que não oferece quaisquer condições para prepará-lo ao seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007).

> Quando se defende que os presos usufruam as garantias previstas em lei durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, a intenção não é tornar a prisão um ambiente agradável e cômodo ao seu convívio, tirando dessa forma até mesmo o caráter retributivo da pena de prisão. No entanto, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema da segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se (ASSIS, 2007, p. 76).

A questão levantada após as informações aqui apresentadas é que a pena de prisão nunca atendeu aos fins dela esperados, vivenciando, atualmente, uma cena de total crise e declínio. A situação de colapso vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro surge em decorrência do total descaso e negligência por parte do governo e da sociedade, ocasionado um cenário de precariedade, ineficiência e insegurança. Os presos que cumprem suas penas, na grande maioria dos casos, saem do sistema penitenciário mais envolvidos com o crime do que quando adentraram, sem qualquer chance de reabilitação. Em virtude do poder estigmatizante que a prisão possui, os egressos do sistema não possuem qualquer oportunidade de emprego ou, sequer, de se adaptar novamente à sociedade.

Se, de modo geral, as condições carcerárias colocam os presos em situação precária e lamentável, quando se trata das mulheres encarceradas há ainda mais problemas e falhas no sistema carcerário que, em alguns casos, não está preparado para recebê-las, como se verá a seguir.

A MULHER NO SISTEMA CARCERÁRIO

Os estudos criminológicos sempre marginalizaram a questão da mulher, seja enquanto vítima e, principalmente, quando se trata de autoras de delito. O papel social associado às mulheres, sempre esteve vinculado ao âmbito doméstico e familiar, à posição de mãe, esposa e dona de casa. Ao falar sobre o encarceramento feminino é importante frisar que, inicialmente, as mulheres consideradas como desviantes eram aquelas que não se encaixavam nesses papéis que lhes eram atribuídos. Assim:

> As mulheres que não cumpriam o esperado papel de mãe, esposa e dona-de-casa eram consideradas transviadas e a elas eram atribuídos estereótipos e classificações no plano dos desvios. “Não-lugares” de mulheres eram ocupados pelas prostitutas, lésbicas e por aquelas que não tinham profissões

> definidas – que viviam de "biscates" – sendo a socialização dos papéis sexuais definidora dos espaços que cada sexo poderia e deveria ocupar (ANGOTTI, 2018, p. 81).

Dessa forma, Cury e Menegaz (2017) destacam que, desde a consolidação da prisão como forma de punição para as condutas criminalizadas, as penas destinadas aos homens e às mulheres sempre foram distintas. A pena direcionada ao homem tinha a função de torná-lo funcional aos meios de produção, já a pena dirigida às mulheres possuía o papel de reenquadrá-la nos paradigmas exigidos pela sociedade, de mulher honesta, dona de casa e mãe de família, os quais haviam sido transgredidos no momento em que realizaram a prática delituosa. Com base nessa "reeducação" das mulheres, voltada à recuperação de sua moral e seu pudor, as primeiras prisões femininas estavam localizadas em conventos e recebiam orientação religiosa das freiras.

Queiroz (2015) retrata que a primeira penitenciária feminina do Brasil foi a Penitenciária Madre Pelletier, localizada na cidade de Porto Alegre. Fundada em 1937 sob o nome de Instituto Feminino de Readaptação Social, não foi uma iniciativa governamental, mas sim das freiras da Igreja Católica. Até aquele momento as mulheres condenadas no Brasil inteiro cumpriam suas penas em cadeias mistas, onde, não raras vezes, dividiam as celas com homens, eram estupradas e obrigadas à prostituição para sobreviver.

A autora ressalta, ainda, que referida penitenciária era, na verdade, uma casa destinada não somente à criminosas, mas também a prostitutas, moradoras de rua e mulheres "desajustadas", sendo que tal termo possuía muitos significados: moças que se recusavam a casar com seus pretendentes, as que não tinham habilidades para as tarefas domésticas, entre muitas outras coisas. Ali, as mulheres eram ensinadas a bordar, cozinhar e depois eram mandadas de volta para a sociedade para que pudessem casar e constituir família. Na verdade, o que se realizava era um processo de domesticação.

Quando se fala de estudos acerca da criminalidade feminista, a questão biológica e sexual sempre os acompanhou. A mulher criminosa sempre foi vinculada a uma sexualidade exacerbada, dotada de extrema perversidade. A partir de então, pode-se dizer que, até a atualidade, a prostituta torna-se o melhor exemplo de delinquente feminina (MENDES, 2017). Portanto, a "correlação entre sexualidade e criminalidade feminina está presente ainda hoje nos discursos sobre criminalidade feminina (ANGOTTI, 2018 p. 112)". Por esse motivo que a prisão assume o papel de domesticação, com a finalidade de adequar a mulher desviada aos padrões sociais que lhe são esperados:

> [...] ao longo dos tempos sempre existiu uma política criminal em relação à mulher fundada em causas biológicas que vão da histeria ao estereótipo masculinizado. O estabelecimento pode ter variado do convento ao presídio, para o manicômio ou casa de saúde. Mas a lógica de encarceramento "da indesejável" é a mesma. (MENDES, 2017, p. 23)

Dessa forma, como aponta Angotti (2018), existe uma seletividade penal das mulheres que adentram o sistema carcerário, a qual está ligada às rupturas com o esperado "dever ser" feminino e a criminalização das condutas consideradas desviantes, como visto anteriormente. Várias são os elementos indicadores da perseguição a determinados estereótipos femininos considerados mais propensos à prática de condutas delituosas:

> Em suma, nas rotas do desvio estavam aquelas que eram discrepantes na paisagem urbana ideal. As mulheres escandalosas, as vestidas de maneira vulgar, as prostitutas, as moradoras de favelas e cortiços, as que freqüentavam locais masculinos, as que se expunham ao mundo do trabalho, as negras e mestiças, as criadas e empregadas. Em um cenário mais amplo, é possível atribuir a criminalização dessas mulheres não apenas à criminalização dos desvios do feminino, mas também à criminalização da pobreza, uma vez que quem era pobre potencialmente poderia ser criminoso, pois habitava e frequentava locais "degenerados", como os cortiços e o baixo meretrício (ANGOTTI, 2018, p. 89-90)

Davis (2020) aponta que a criminalidade masculina sempre foi considerada mais normal do que a feminina e, por esse motivo, sempre houve uma tendência de encarcerar as mulheres por seu mau comportamento como significativamente mais anormais e ameaçadoras para a sociedade do que os homens que cometiam crimes.

A respeito do perfil das mulheres encarceradas, Davis (2003) afirma que, em todas as suas visitas a prisões ao redor do mundo, notou uma estranha similaridade entre elas. Não importando o quão longe ela viajasse através do tempo e do espaço, de 1970 a 2000 e da Casa de Detenção Feminina de Nova Iorque até a prisão feminina de Brasília, todas eram muito parecidas. "Essa mesmice das prisões femininas precisa ser avaliada com relação ao quanto é importante para os feminismos desvencilharem-se da noção de que há uma qualidade universal que podemos chamar de mulher." (DAVIS, 2003, p. 527).

A existência de um perfil das mulheres prisioneiras, facilmente apreciável dentro das penitenciárias brasileiras, é a comprovação de que o sistema criminal é seletivo. Como destacam Davis e Dent (2003, p. 528).

> Qualquer estudo convencional das ciências sociais sobre mulheres prisioneiras vai lhe apresentar uma prisioneira típica – geralmente caracterizada como 'mãe', com um nível de escolaridade relativamente baixo e que é também viciada em drogas.

Como mencionado no tópico anterior, o sistema carcerário brasileiro é marcado por críticas acerca da superlotação, das infraestruturas precárias, do difícil acesso à saúde e educação, sendo um espaço marcado pelas violações de direitos. Todo esse cenário é ainda pior quando se trata de prisões femininas. Ao adentrarem no sistema prisional, as mulheres

são deixadas em total descaso e abandono, tanto pela família como pelo Estado, uma vez que o sistema carcerário foi planejado e executado com base no modelo androcêntrico, ou seja, voltado exclusivamente ao público masculino, sem levar em consideração as particularidades vivenciadas pelas mulheres (CURY; MENEGAZ, 2017).

As penitenciárias brasileiras são fundadas em bases patriarcais e androcêntricas, atuando de forma violenta, estigmatizadora e seletiva. Submetendo as mulheres a tratamentos que não consideram suas necessidades, o Estado promove sua invisibilidade e acentua a desigualdade de gênero (CURY; MENEGAZ, 2017). O problema de possuir um sistema carcerário voltado somente ao público masculino não é uma realidade somente brasileira, ele persegue as prisões femininas em nível mundial e desde seu surgimento, como expõe Davis:

> As atitudes predominantes em relação às mulheres condenadas diferiram daquelas em relação aos homens condenados, que se considerava que tinham perdido direitos e liberdades que as mulheres geralmente não tinham nem mesmo no "mundo livre". Embora algumas mulheres ficassem alojadas em penitenciárias, a instituição em si era masculina, porque, de modo geral, nenhum arranjo específico era feito para acomodar as mulheres sentenciadas (DAVIS, 2020, p. 75).

A realidade das mulheres aprisionadas é bem diferente daquela prevista no ordenamento jurídico. Ao ingressarem nas penitenciárias seus vínculos sociais são rompidos e seus direitos e garantias são bruscamente violados, além disso, a relação de dominação existente do homem sobre a mulher é evidenciada e maximizada nesse contexto, reproduzindo assim as condutas estabelecidas no seio da sociedade patriarcal (CURY; MENEGAZ, 2017):

> O processo de naturalização de comportamentos baseados em uma cultura machista gera mais opressões na vida das mulheres. O sistema penal é apenas mais um reprodutor dessas violências, muitas vezes já institucionalizadas. Assim como as prisões femininas refletem o despreparo estatal em lidar com as demandas mínimas de dignidade para as mulheres (SOUZA; SANTOS; MENDES, 2015, p. 13-14)

Carvalho e Mayorga (2017) enfatizam que, ao analisar-se os sistemas e práticas punitivas ao longo dos séculos é perceptível as íntimas articulações entre poder, punição e direito penal. Assim, um estudo sobre as prisões é também um estudo sobre a sociedade, poder, mecanismos de disciplina e de segurança que, combinados com outros sistemas opressivos, perpetuam lógicas e práticas de subordinação, restrições e privações. Os estudos acerca do aprisionamento feminino possibilitam compreender como os mecanismos de controle e seletividade penal capturam determinadas mulheres, subordinando-as à condição de criminosas e presas:

> Assim, qualquer reflexão que se proponha a ser mais aprofundada sobre o encarceramento feminino, deve ir além dos números e questionar: quem são as mulheres que mais povoam as prisões? A resposta a esse questionamento passa por reflexões criminológicas que necessitam de abertura para os pressupostos do feminismo, sem os quais a concretude das opressões impostas às mulheres, somados aos marcadores raciais que estão nas bases históricas das desigualdades no Brasil, não são consideradas (SANTOS, 2020, p. 150).

Davis (2020) refere que, atualmente, a população carcerária feminina nas prisões consiste em uma maioria de mulheres não-brancas, demonstrando os ecos históricos da escravidão, da colonização e do genocídio que se vinculam às imagens das mulheres algemadas:

> Essa punição pública feminilizada, no entanto, não afetava todas as mulheres da mesma maneira. Quando cumpriam pena em reformatórios, as mulheres negras e nativas americanas muitas vezes eram separadas das brancas. Além disso, elas tendiam a ser desproporcionalmente condenadas a cumprir pena em prisões masculinas (DAVIS, 2020, p. 77)

As feministas negras, latinas e pós-coloniais contribuíram de forma significativa para ampliar a percepção acerca das inúmeras formas de opressão experimentadas nas distintas relações de poder. Levantou-se reivindicações pelo reconhecimento da multiplicidade de experiências vivenciadas pelas mulheres, expressando a errônea tentativa de limitá-las a um conceito único de mulher, como se todas possuíssem as mesmas vivências, sofressem as mesmas opressões ou tivessem as mesmas oportunidades durante a vida. Essa concepção de unicidade do conceito de mulher, mostra-se uma visão totalmente desconexa com a realidade (CARVALHO; MAYORGA, 2017).

É nessa concepção da multiplicidade de vivências das mulheres que reside a importância do pensamento feminista, em especial do feminismo negro, acerca do encarceramento feminino, com o intuito de romper com a suposta universalidade e reconhecer as diferenças e peculiaridades das mulheres em todos os âmbitos da vida social, a fim de compreender as múltiplas opressões sofridas pelas mulheres, situadas em lugares distintos da dinâmica social. É a partir desse pensamento que encontra-se a importância do pensamento criminológico feminista, para romper com os discursos que, desde sempre, foram escritos e pensados por homens e para homens (PIMENTEL, 2020).

Para melhor compreender as questões até aqui abordadas acerca do sistema penitenciário e do encarceramento feminino, no próximo tópico será realizada uma análise dos dados estatísticos a respeito das mulheres que se encontram alocadas nas penitenciárias brasileiras.

O perfil das mulheres brasileiras encarceradas

No presente tópico será realizada a análise de alguns dados apresentados pelo *site* do DEPEN, os quais referem-se ao período entre Janeiro e Junho de 2020. Ainda, foram utilizadas algumas informações disponibilizadas através do Infopen Mulheres de 2019.

De acordo com os dados apresentados pelo DEPEN (2020), a população carcerária brasileira, entre janeiro a junho de 2020, era de 759.518 pessoas, das quais 753.966 (99,27%) encontram-se alocadas em sistemas penitenciários e 5.552 (0,73%) encontram-se em outras prisões[1]. Para fins das análises realizadas neste trabalho, serão considerados apenas os números dos sistemas carcerários, excluindo-se as outras prisões.

Pelo dados levantados pelo DEPEN, das 753.966[2] pessoas privadas de liberdade, 716.967 são homens, representando 95,1% do total, enquanto a população feminina é de 36.999 mulheres, equivalente a 4,91% do total de aprisionados (DEPEN, 2020). Como ilustra o gráfico abaixo:

Em relação ao número de vagas para mulheres em comparação ao número de presas, é evidente o *déficit* apresentado pelo sistema carcerário. Enquanto o total de vagas para as mulheres é de 32.082, a população carcerária feminina é de 36.999, o que acarreta um *déficit* de 4.917 vagas (DEPEN, 2020). Esse fato não se aplica somente ao público feminino, mas ao sistema penitenciário brasileiro de forma geral, tanto feminino como masculino. Por conseguinte, é possível compreender o colapso que o sistema penitenciário brasileiro vem enfrentando. Como foi destacado anteriormente, várias são as causas da crise, sendo uma das principais a superlotação das prisões, que não possuem vagas disponíveis para a grande demanda que o encarceramento em massa causa.

No que diz respeito à composição da população prisional feminina por cor, o DEPEN apresenta que a população carcerária feminina é composta, majoritariamente, por mulheres pardas e pretas que, juntas, somam 19.917 e representam 67,4% das mulheres encarceradas, enquanto as mulheres brancas contabilizam o total de 9.304, ou seja, 25,1%.

Quanto aos crimes de maior incidência entre as encarceradas, as estatísticas mostram que a maioria dos crimes cometidos por mulheres está relacionado com a Lei de drogas, totalizando 18.151 condenações nessa espécie, o que representa 57,76% da população carcerária feminina total. Em seguida aparecem os crimes contra o patrimônio, com um total de 7.718 presas por esse tipo. Em terceiro lugar estão os crimes contra a pessoa, contabilizando 3.137 incidências (DEPEN, 2020).

De acordo com os dados apresentados acima, é possível afirmar que as mulheres são a extrema minoria no sistema prisional brasileiro, comparado com sua contraparte masculina e esse é um dos motivos para a grande invisibilidade das mulheres encarceradas,

[1] Presos sob a custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

[2] Desse número excluem-se os dados das Polícias Judiciárias (Federal, Distrital e Estadual) e Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

não são consideradas merecedoras da devida atenção dos estudiosos e do governo, como relata Davis (2020, p. 70):

> Apesar da disponibilidade de retratos detalhados da vida em prisões femininas, tem sido extremamente difícil persuadir o público - e até mesmo, por vezes, os ativistas antiprisionais que se preocupam sobretudo com as dificuldades dos prisioneiros do sexo masculino - sobre a centralidade do gênero na compreensão do sistema de punição estatal. Embora os homens constituam a ampla maioria dos prisioneiros no mundo, aspectos importantes da operação da punição estatal são ignorados quando se presume que as mulheres são marginais e, portanto, não merecem atenção. A justificativa mais frequente para a falta de atenção dada às prisioneiras e às questões específicas em torno do encarceramento feminino é a proporção relativamente pequena de mulheres entre as populações carcerárias ao redor do mundo.

Ainda, o maior índice de encarceramento entre pessoas pretas e pardas comprova que o sistema penitenciário é um reprodutor e produtor, na mesma medida, das desigualdades sociais, pois, dentre todas as pessoas que convivem em sociedade, as que mais são apreendidas pelo sistema são aquelas que estão em situação de vulnerabilidade e que sofrem inúmeros tipos de opressões e preconceitos, no caso, por sua cor de pele ou sua condição social.

Segundo o *site* Mulheres em Prisão, a prisão no Brasil obedece a um crivo classista, racista e machista. O referido *site* delineou o perfil das mulheres brasileiras encarceradas, apontando que 50% delas possui apenas o ensino fundamental, 50% têm entre 18 e 29, 57% é solteira, a maior parte é mãe e cumpre a pena em regime fechado, não possuem antecedentes criminais, trabalham em pequenas atividades do tráfico e do transporte nacional e internacional de drogas e, por fim, possuem dificuldade de acesso a empregos formais. (MULHERES, s.d.):

> As cifras revelam a complexidade do fenômeno punitivo que é o tráfico de drogas, responsável por diversas formas de violência pessoal e institucional contra as mulheres, especialmente mulheres negras moradoras das periferias, ou seja, aquelas que reúnem em si os demarcadores de gênero, raça e classe, sem os quais qualquer análise ou intervenção se torna insuficiente para acessar a realidade das violências estruturais do Estado punitivo (PIMENTEL, 2020, p. 147).

Tais informações corroboram com os números apresentados acerca da incidência por tipo penal entre as encarceradas. As estatísticas apontam que os crimes mais frequentes entre as mulheres são ligados à Lei de Drogas. Conclui-se que, em geral, elas cometem esses crimes como falta de opções, para auxiliar no sustento da família ou, de outra forma, para ajudar o companheiro que se encontra envolvido com o tráfico de drogas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos apontamentos e dados apresentados no presente capítulo, conclui-se que a prisão é uma realidade cruel e desumana na atual conjuntura social, porquanto aprisiona certos indivíduos, previamente selecionados dentre aqueles que já se encontram em situação de vulnerabilidade e que, ao adentrar o sistema penitenciário, perdem sua dignidade, sendo submetidos à tratamentos degradantes e cruéis, sem qualquer expectativa de poder reintegrar o meio social após o cumprimento de sua pena.

Além disso, o sistema carcerário atua de forma criminógena, uma vez que, ao adentrar a penitenciária os apenados acabam sendo degenerados e corrompidos pelo ambiente prisional, o que acaba resultando em um alto índice de reincidência tornando o sistema prisional um fator de criminalização. Por esses motivos é possível afirmar que o sistema prisional não atende com seus fins precípuos de ressocialização e reabilitação dos apenados atuando, inclusive, de forma contrária, prova disso é o alto índice de reincidência e o fato de não haver uma diminuição significativa na ocorrência de delitos

Ao se falar do sistema carcerário brasileiro os relatos demonstram a existência de sérios problemas, como a falta de infraestrutura adequada para comportar a quantidade de pessoas aprisionadas, a precariedade e insalubridade dos estabelecimentos prisionais, a superpopulação carcerária, a falta de itens de higiene, o descaso por parte do governo, dentre muitos outros. Tais fatores demonstram a total crise e colapso em que se encontra o sistema prisional brasileiro, o que ocasiona para os apenados o cumprimento da pena que lhes restringe muito mais direitos do que só a liberdade.

Quando se trata das mulheres que se encontram nos estabelecimentos prisionais, a situação é ainda pior, pois representam a minoria da população carcerária e, assim, estão relegadas a uma imensa invisibilidade por parte da sociedade e do governo, que ignoram e menosprezam suas reivindicações por dignidade e justiça.

Para confirmar essa afirmação note-se o fato de que, por muito tempo, as mulheres sequer tiveram um local específico para cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo necessário que cumprissem em estabelecimentos mistos e dividissem as celas com prisioneiros do sexo masculino. As implicações de tal situação são as piores possíveis indo da falta de infraestrutura adequada para atender suas necessidades específicas chegando à violência sexual constante.

O sistema prisional sempre foi destinado ao público masculino, com penas dirigidas a sua reinserção na sociedade e no mercado de trabalho. Quando se refere à criminalidade feminina, observa-se que esta sempre esteve vinculada à ruptura de seus papéis sociais de mãe, esposa e dona de casa, bem como à questões biológicas e sexuais, dessa forma, a punição é canalizada para a recuperação de sua moral e honestidade, para que possa se encaixar novamente aos padrões da sociedade patriarcal.

Com base nos dados e números apresentados acerca do sistema prisional feminino brasileiro, denota-se a existência de uma perfil bem definido entre as aprisionadas, o que corrobora a afirmação acerca da seletividade do sistema carcerário. As mulheres que lotam as prisões brasileiras são, geralmente, negras, mãe, com baixa escolaridade, baixa renda, solteiras, cujos crimes cometidos estão relacionados à Lei de Drogas, o que leva à conclusão de que entram na criminalidade para poder sustentar os filhos, a família ou ainda ajudar o companheiro envolvido com tráfico de drogas.

Destarte, após todo o exposto no presente trabalho, é inegável reconhecer que o sistema penal e prisional é calcado em alicerces sexistas, racistas e classistas, agindo com base na criminalização de sujeitos sociais pré-selecionados, os quais, geralmente, já se encontram nas periferias sociais. Dessa forma, nota-se que o sistema de justiça criminal produz, reproduz e reforça as opressões sociais, em especial para as mulheres aprisionadas, vez que são duplamente penalizadas, pelo governo, com a aplicação das penas por seus delitos, e pela sociedade, por terem rompido com os papéis que lhes foram atribuídos, evidenciando, assim, a violência estrutural vivenciada no sistema prisional.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus:** O surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2ª ed. revisada. San Miguel de Tucumán : Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/06/bruna-angotti-entre-as-leis-da-cincia-do-estado-e-de-deus.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2008.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. Disponível em: https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/949. Acesso em: 10 jun. 2021

BESSA, Leandro Sousa. **O sistema prisional brasileiro e os direitos fundamentais da mulher encarcerada: propostas de coexistência.** Fortaleza, 2007. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_c4d71986caad9f11d604658e893d8a6b. Acesso em: 25 jan. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de; MAYORGA, Claudia. **Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres.** Revista Estudos Feministas. v. 25,

n.1. p. 99 - 116. Florianópolis, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36663/33663. Acesso em: 24 ago. 2020.

CURY, Jessica Santiago; MENEGAZ, Mariana Lima. **Mulher e o cárcere:** uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 e 13° Mundos de Mulheres. Florianópolis. 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-enviar.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 5ª ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DAVIS, Angela; DENT, Gina. **A prisão como fronteira:** uma conversa sobre gênero, globalização e punição. Revista Estudos Feministas. v. 11, n.2. Florianópolis, 2003. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2003000200011. Acesso em: 20 ago. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 27ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso e soluções alternativas**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista:** novos paradigmas. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. (Série IDP : Linha Pesquisa Acadêmica). Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221706/recent. Acesso: 01 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen. Acesso em: 01 jun. 2020.

MULHERES em prisão. Disponível em: http://mulheresemprisao.org.br/#topo. Acesso em: 01 jun. 2020

PIMENTEL, Elaine. Novos paradigmas da criminologia feminista como caminhos para estudos sobre o encarceramento feminino. *In*: SANTOS, Michelle Karen. **Criminologia feminista no Brasil**: diálogos com Soraia Mendes. 1. ed. São Paulo: Blimunda Estudio Editorial, 2020. p. 139-155.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SANTOS, Karen Michelle (org). **Criminologia Feminista no Brasil**: diáogos com Soraia Mendes. 1. ed. São Paulo: Blimunda Estudio Editorial, 2020. Disponível em: Kindle

SOUZA, Laura Guedes de. SANTOS, Michelle Karen Batista dos. MENDES, Soraia da Rosa. **Encarceramento de mulheres e a reprodução das relações sociais dos sexos**: uma crítica ao sistema penal a partir da criminologia feminista. João Pessoa, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/37588154/Encarceramento_de_mulheres_e_a_reprodu%C3%A7%C3%A3o_das_rela%C3%A7%C3%B5es_sociais_dos_sexos_uma_cr%C3%ADtica_ao_sistema_penal_a_partir_da_criminologia_feminista?email_work_card=title. Acesso em: 02 jun. 2021.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização… uma (dis)função da pena de prisão.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A NECESSIDADE DE NOVAS METODOLOGIAS EM TEMPOS DE EDUCAÇÃO DIGITAL

Gabriele Calegari Detoni[1]
Nicole de Albuquerque[2]
Simone Gasperin de Albuquerque[3]
Vera Maria Calegari Detoni[4]

RESUMO: Diante de uma quarta revolução industrial, marcada pela intensa evolução da tecnologia, com o desenvolvimento vertiginoso da internet e, como consequência de todas as demais tecnologias atinentes ao uso da rede, se faz necessária uma reflexão sobre as novas necessidades da educação. Dentro deste contexto, o objetivo principal do presente estudo é verificar o significado desta nova era tecnológica e os desafios que se apresentam para a educação perante alunos e professores que passam a utilizar o letramento digital. Utilizando o método indutivo, através de uma pesquisa bibliográfica, foi possível verificar que uma alternativa viável para o ensino em tempos de educação digital serão as metodologias ativas. Constata-se que ocorreu uma quebra de paradigmas e, com isso, uma transformação nos modos de circulação do saber que, hoje, circula fora dos lugares sagrados que o detinham até então. Verifica-se que os professores deverão sair da zona de conforto e buscar um modelo de ensino que incentive seus alunos a apreenderem de forma autônoma e mais participativa.

Palavras-chave: Quarta revolução industrial. Educação digital. Metodologias ativas.

INTRODUÇÃO

Sabe-se como caminha a humanidade[1]; a dificuldade está em descobrir para onde ela está caminhando. Na visão de Jeff Bezos, fundador da Amazon, e seu projeto Blue Origin, a humanidade caminha para a colonização do espaço sideral. (DUGAN, 2021; GOLDSZTEIN, 2021). Além de Bezos, Elon Musk, CEO da Tesla, e Richard Branson, da companhia aérea Virgin Atlantic, também estão competindo e apostando alto nessa jornada rumo ao espaço. (GRANATO, 2021)

Paulo Freire traz que o maior objetivo da educação é conscientizar o aluno de que, somente por meio do conhecimento, conseguirá participar de forma ativa na sociedade em que vive (FREIRE, 1987). Em consonância com o sociólogo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, dispõe que a escola deve preparar o indivíduo para o exercício da

[1] Especialista em Gastroenterologia pela Universidade Federal de Santa Maria. *E-mail:* gabriele.calegarid@gmail.com.
[2] Acadêmica do Curso de Medicina da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS. *E-mail*: nicoleas200@gmail.com.
[3] Professora da graduação e pós-graduação lato sensu. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. *E-mail*: salbuquerque@uri.com.br.
[4] Professora da graduação e pós-graduação lato sensu. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. *E-mail*: vera@uricer.edu.br.

cidadania, tendo a incumbência de fornecer uma formação plena para seus alunos (GAMA, 2017).

Segundo Silveira e Bazzo (2005, p. 7), "vivemos num mundo em que a tecnologia representa o modo de vida da sociedade atual, na qual a cibernética, a automação, a engenharia genética, a computação eletrônica são alguns dos ícones [...] da sociedade tecnológica que nos envolve diariamente.". Assim, percebe-se a necessidade de discutir o significado da tecnologia diante do contexto atual, a fim de que se possa entender os desafios e perspectivas da educação na sociedade contemporânea.

Este artigo foi idealizado com o intuito de analisar o uso das tecnologias em tempos de uma quarta revolução industrial, iniciando com uma perspectiva sobre a sociedade do risco, passando pela evolução histórica da internet, análise do letramento digital e finalizando com a concepção da educação digital, tendo como finalidade última fomentar a ideia da educação digital como forma de desenvolvimento do indivíduo enquanto cidadão.

Para alcançar o objetivo geral proposto neste artigo, foi realizada uma análise de textos legislativos nacionais e internacionais bem como pesquisa bibliográfica e exploratória de livros, jornais e revistas digitais, utilizando-se o método indutivo.

A SOCIEDADE DE RISCO

A Revolução Industrial, com origem na Inglaterra e, posteriormente, espalhando-se pelo mundo, deu início a um período de grande desenvolvimento tecnológico, causando grandes transformações na sociedade. Os avanços dessa revolução foram ocorrendo ao longo dos anos, o que pode ser descrito em quatro fases distintas. A primeira fase começou na segunda metade do século XVIII, com o aparecimento das indústrias de tecidos de algodão e o uso do tear mecânico, passando da simples produção manufaturada para um sistema fabril mecanizado. Nesse período ocorre o aprimoramento das máquinas a vapor e o avanço nos processos de mecanização. Foi um período de transição da sociedade agrária para sociedade industrial.

O emprego do aço, o desenvolvimento da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo, a invenção do motor a explosão, a locomotiva a vapor e o desenvolvimento de produtos químicos marcam a segunda fase da revolução industrial.

A terceira fase da ocorre com o avanço da ciência, tecnologia e informática, com o surgimento dos computadores, a criação da *internet*, a *internet* das coisas, os *softwares* e os dispositivos móveis.

A concepção de uma quarta revolução industrial é um termo cunhado pelo professor Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, que consiste em uma fase resultante do desenvolvimento da terceira revolução e é, sem dúvida, marcada pela intensa evolução da tecnologia. Segundo ele, essa fase da revolução:

> (...) teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática. (SCHWAB, 2018)

Neste aspecto, a tecnologia evoluiu tão significativamente que os indivíduos passaram a ter dificuldade em diferenciar as dimensões física, biológica e digital. Houve uma mudança na forma como as pessoas passaram a lidar com o tempo. Essa quarta revolução afeta o psicológico, as decisões e a própria cognição. O desenvolvimento tecnológico é tão avançado que não há mais como dividir meio digital e biológico. A inteligência artificial passa a ser um novo paradigma a ser estudado e normatizado.

O desenvolvimento de políticas e a organização da sociedade em Estados Nacionais, a crença na razão, ciência e desenvolvimento científico, a ciência como certeza de progresso e as mudanças quanto às noções de tempo, são fatores que juntos levaram à revolução 4.0.

O homem passa a estar no centro de tudo e é a partir dele que a sociedade passa a se desenvolver. Nesta quarta revolução, as certezas são colocadas em xeque-mate. Acontecimentos como o acidente de Chernobyl, em 1986, crises de aquecimento global e a pandemia do Covid 19, são fatores que transformaram as certezas da humanidade em dúvidas e inquietações sobre a realidade dos fatos. (BLAKEMORE, 2019; PINSKY, 2021; OPAS/OMS, 2021)

Jean Francois Lyotard trouxe as discussões sobre a pós-modernidade em seu trabalho denominado "A condição pós-moderna" de 1979, e caracterizou a era pós-moderna como aquela em que se perdeu a fé em todas as grandes "metanarrativas" totalizantes como "razão", "verdade" e "progresso", e se voltou às pequenas narrativas, como a história da vida cotidiana e dos grupos marginalizados. (LYOTARD, 2000)

A quarta revolução traz como produto o encurtamento do mundo pela redução do tempo. O mundo aparece como uma entidade menor, mais integrada e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, mais fragmentada. A velocidade e a simultaneidade produzidas pelo desenvolvimento das indústrias de transporte, de comunicação e informática, são as responsáveis pelo encolhimento do mundo. Trata-se de uma revolução tecnológica jamais experimentada antes. (PAESANI, 2007)

Merecem destaque as observações de Giddens sobre a desorientação identificada nos indivíduos das organizações sociais, nos dias atuais, como se esses tivessem sido apanhados em um universo de eventos que não compreendessem plenamente e que parecessem estar fora de seu controle. Os modos tradicionais[2] de vida vêm-se transformando:

> Sobre o plano extensional, novos fatores serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intencionais, eles vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana (GIDDENS; PIERSON, 2000, p. 14).

Giddens percebeu que não há temporalidade linear e causalidade direta entre o que fazemos e o produto da modernidade. Talvez o futuro não seja singular e, tal ideia, decorre da existência de vários futuros e possibilidades.

Ulrich Beck[3]também fala de uma modernidade reflexiva para caracterizar a sociedade do risco, da incerteza e da imprevisibilidade. A modernidade clássica está baseada nos pilares de certeza e linearidade enquanto a modernidade reflexiva de Ulrich traz a ideia de que, ao pensar e ao refletir sobre seu próprio desenvolvimento industrial, é possível escolher fazer diferente. Ulrich opõe a modernidade clássica da certeza e da causalidade direta à modernidade reflexiva, na qual se enxergam caminhos diferentes a partir da reflexão. No conceito de modernidade reflexiva os sistemas são abertos, dinâmicos, e não trabalham com linearidade e causalidade direta.

Atualmente, existe uma oposição entre produção de riqueza e produção de risco. Enquanto antes falava-se em donos de fábricas, agora não faz sentido pensar apenas em bens materiais. A terceira e quarta revoluções industriais rompem este paradigma e, na contemporaneidade, valoriza-se cada vez mais os bens imateriais e a produção do conhecimento.

Hoje, pode-se afirmar que não são produzidos apenas bens de consumo, mas também informação e conteúdo. O risco atual envolve conhecimento, informações e dados. A questão principal é: quem faz a gestão dos riscos atrelados a essa nova sociedade? Esta indagação levou Giddens a colocar o conceito de sociedade do risco compreendido na sociedade da informação.

Neste contexto, a primeira característica acerca da sociedade do risco refere-se à dissociação de tempo e de espaço. Antes das revoluções industriais, um indivíduo estaria em um determinado lugar em um tempo exato. Com a revolução industrial, houve o surgimento do relógio, símbolo da modernidade, que foi importante naquele período de revolução industrial pois possibilitou a marcação do horário de entrada e saída dos funcionários das fábricas. Hoje, o tempo é dissociado do espaço. O tempo é um só para todos e isto cresce exponencialmente num mundo conectado.

Para Giddens, o que se sobressai na análise da modernidade são a confiança e os riscos da modernidade em relação às sociedades tradicionais, que são vistas como sociedades nas quais o tempo e o espaço não foram "desencaixados", as pessoas são fixas em determinado território, suas relações de troca, convivência e comunicação são locais.

Uma importante característica desta sociedade está relacionada aos sistemas de especialistas, aos saberes específicos que geram confiança. Antes, os saberes eram mais

interligados e abrangentes. Grandes nomes como Aristóteles e Sócrates, sabiam de tudo um pouco, hoje, na sociedade contemporânea, a especialidade e os saberes específicos é que se destacam.

Entretanto, a produção de conteúdo e confiança, está presente em todas as características da sociedade de risco. A confiança nas informações e nos dados, é que permite às comunicações, os intercâmbios, as tomadas de decisões. Esse é o modelo da atual sociedade de risco que se sobressai.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERNET: ASPECTOS HISTÓRICOS E TÉCNICOS

A internet surgiu a partir da Arpanet, na década de 60, nos Estados Unidos, com o objetivo de promover a comunicação entre instituições de ensino para a troca de informações científicas entre as universidades. Com o intensificar da Guerra Fria, os americanos vislumbraram essa rede como melhor forma de comunicação. Até então, o modelo de comunicação era restrito ao uso de redes telefônicas e telegráficas que poderiam ser desconectadas facilmente durante a guerra. Assim, o uso da Arpanet garantiria a comunicação entre militares, ainda que ocorresse algum evento desastroso como um bombardeio. Como a internet funciona pelo envio de vários pacotes de dados transportados e transmitidos por redes, a manutenção da comunicação era mais segura. (SILVA, 2001).

A partir de então, o nome "internet" passou a ser utilizado para se referir à rede de computadores. Em 1987, pela primeira vez foi liberado o uso comercial da internet nos EUA. No Brasil a internet chegou apenas por volta do ano de 1995.

> Ainda no início da década de 1990, Berners-Lee lança a "world wide web, ou www" – a rede mundial de computadores –, que logo se transforma no sistema pelo qual circulam as informações organizadas em hipertexto em todo o planeta. O impulso que faltava para a disseminação da internet vem com o surgimento de programas específicos de navegação pela rede para computadores pessoais, como o Netscape (1994) e o Explorer (1995). (SASAKI, 2019)

Pierre Lévy, estudioso sobre os reflexos da internet na sociedade, traz importantes reflexões sobre os impactos e avanços da tecnologia no seio social. Segundo ele, a humanidade teve três grandes ondas de evolução. A primeira, quando o homem aprendeu a planta; a segunda, quando da criação da máquina a vapor (responsável pela transição do modelo feudal para o capitalismo) e a terceira onda, quando a tecnologia passa a fazer parte da vida e do cotidiano das pessoas e a informação passa a ter valor na sociedade da inovação. (LÉVY, 2009)

> Então, quando se viu, já no final dos anos setenta e começo dos oitenta, que os computadores não eram simplesmente máquinas calculadoras, e sim que, conectando-se às redes de telecomunicações, se transformariam em uma

> nova infraestrutura de tratamento da informação, vi claramente que o ser humano entrava numa nova etapa. (HERMOSO, 2021)

A partir desta evolução, observa-se que as maiores empresas do mundo, como Amazon, Facebook e Google, tem seus negócios baseados em tratamento de dados. Dados e informações são os maiores ativos dessas empresas. Ao analisar o modelo de negócios do Google, por exemplo, conclui-se que os serviços disponibilizados gratuitamente aos usuários são pagos com dados. A elaboração de perfis de comportamento torna os dados coletados um negócio monetizado. As informações são vendidas para empresas que realizam *marketing* direcionado aos usuários, atingindo diretamente seus gostos e adaptando o produto ou serviço oferecido aos anseios do público atingido. As informações dos usuários são coletadas e tratadas, possibilitando que as empresas que tratam esses dados elaborem perfis comportamentais muito precisos e de grande valor econômico. Em 2017, o tema foi objeto de matéria e capa da revista The Economist a qual lançou que "dados são o novo petróleo", fazendo referência ao grande valor econômico da posse dessas informações. (THE ECONOMIST, 2017)

Todo este avanço da sociedade da inovação e da tecnologia propiciou a criação de novos modelos de negócio, inclusive com tecnologias desruptivas, as quais desconstroem modelos enraizados e criam modelos absolutamente novos. O Facebook (2004) e o Twitter (2007), por exemplo, quebraram o modelo de comunicação tido até então, tornando-se empresas de conteúdo e informações escritas pelos próprios usuários. (SASAKI, 2019)

A evolução da Internet provocou e provoca diversas mudanças. A internet que antes era de conteúdo, servindo basicamente para pesquisa e como um grande repositório de informações, hoje serve para conectar pessoas, com tecnologias de *webcam*, *chats*, internet das coisas e diversas outras utilidades. A evolução provocou também o surgimento de ativos digitais, tecnologia blockchain, criptomoedas, transferência de valores através da internet. Trata-se de verdadeira revolução em todos os sentidos.

O IMPACTO DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL NA EDUCAÇÃO

A Quarta Revolução Industrial é um período inovador e de revolução na indústria, marcado pela presença das novas tecnologias. Os efeitos destas inovações já podem ser percebidos em vários setores sociais e afetam o desenvolvimento dos mercados e negócios, as relações de emprego e as relações sociais. Atualmente, é possível verificar seus efeitos sendo manifestados na própria educação. (SCHWAB, 2018)

O termo Indústria 4.0 é utilizado para caracterizar o que há de mais moderno para produzir bens de consumo: big data[4], internet das coisas[5], inteligência artificial[6] e etc. Em suma, é a continuação do aperfeiçoamento das máquinas, processo que começou na primeira Revolução Industrial e nunca mais parou. (FIA, 2018)

O LETRAMENTO DIGITAL

Letramento[7] digital diz respeito às práticas sociais de leitura e produção de textos em ambientes digitais, isto é, ao uso de textos em ambientes propiciados pelo computador ou por dispositivos móveis, tais como celulares e *tablets*, em plataformas digitais, aplicativos, *e–mails*, entre outras.

> Ser letrado digital implica saber se comunicar em diferentes situações, com propósitos variados, nesses ambientes, para fins pessoais ou profissionais. Uma situação seria a troca eletrônica de mensagens, via e-mail, sms, WhatsApp. A busca de informações na internet também implica saber encontrar textos e compreendê-los, o que pressupõe selecionar as informações pertinentes e avaliar sua credibilidade. (RIBEIRO; COSCARELLI, 2021)

Ser letrado digitalmente envolve, mas não se limita, a saber se comunicar adequadamente quando inserido dentro do ambiente digital. Ou seja: ler, escrever e, principalmente, assimilar o conteúdo exposto, seja ele composto por palavras, códigos, sinais verbais e não verbais, imagens etc. (FREITAS, 2010)

Um dos principais aspectos do letramento digital é o acesso à informação. A facilidade de acesso aos mais diversos assuntos e conteúdo na internet é um dos principais avanços desta tecnologia. Entretanto, um bom leitor deve estar apto não só a acessar, mas também compreender e fazer uma triagem dos conteúdos disponíveis no ambiente digital.

Outro aspecto é a multimodalidade, ou seja, as informações são disponibilizadas não somente através de elementos linguísticos, mas também elementos mais sofisticados como códigos, imagens, símbolos, entre outros. É extremamente relevante o saber ler, produzir e compreender conteúdos explorando estas ferramentas. Isto, sem dúvida, faz parte das competências dos digitalmente letrados na atualidade. Profissões associadas à inteligência artificial, programação e tecnologia são cada vez mais requisitadas e mais bem remuneradas em todos os ramos do mercado justamente porque esses profissionais são capacitados e letrados digitalmente. (BUZATO, 2006)

Neste sentido, até alguns anos atrás, letrar digitalmente era um desafio que se limitava ao ensino superior e/ou especializações. No entanto, em tempos de pandemia, com a impossibilidade temporária das aulas presenciais, surgiu mais um desafio pedagógico entre os educadores em geral.

O avanço da tecnologia e a disseminação da informação pela internet, combinados com a impossibilidade da presença em sala de aula, alavancaram a alfabetização digital, passando esta a ser imprescindível para praticamente todos que querem uma instrução e, posteriormente, a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho. Para atender a esta necessidade, as práticas pedagógicas vêm se atualizando e usam, cada vez mais, metodologias associadas ao universo digital, absorvendo as novas tecnologias de informação[8] e comunicação.

EDUCAÇÃO DIGITAL: A NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO

O termo Educação 4.0 surgiu no contexto da Quarta Revolução Industrial, ou Indústria 4.0, que começa a usar novos tipos de robôs, recursos da Internet das Coisas, da Inteligência Artificial e da Linguagem Computacional, tornando os ambientes de produção cada vez mais automatizados. (ANDRADE, 2018)

As tecnologias colocadas à disposição da sociedade tendem a personalizar e individualizar a experiência com a aprendizagem. Desta forma, os alunos se guiarão pelos seus interesses pessoais e, como consequência, surgirá a necessidade de ampliação do currículo definido pela escola.

> A partir da Quarta Revolução Industrial, as tecnologias à nossa disposição tendem a customizar também a experiência de aprendizagem. Os alunos se guiarão mais pelos seus interesses, por temas que os atraem mais, de forma a ampliar também o currículo definido pela escola. As tecnologias também vão permitir que os professores tenham um amplo monitoramento do processo de ensino-aprendizagem, com dados detalhados que permitirão avaliações e melhorias nas experiências de ensino. (ANDRADE, 2018)

Assim, o novo modelo de educação deve levar em consideração tudo o que envolve essa nova indústria, como: a conectividade dos sistemas e facilidade de acesso ao conhecimento; a inteligência artificial, automação e sistemas robotizados; as novas mídias e Big Data; a velocidade da inovação; o desenvolvimento de novas habilidades e conhecimentos constantes. (WAKKE, 2019)

Na atual era digital, os recursos de aprendizagem devem ir além do mero uso de equipamentos e possuir o caráter de facilitação e promoção do processo de aprendizagem autônomo. Com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, a competição com *podcasts*, vídeos, cursos online, livros que cabem no bolso de uma calça, deverá ocorrer uma ruptura dos paradigmas e os educadores deverão começar a buscar outros métodos de ensino e aprendizagem.

As metodologias ativas são estratégias de ensino cujo objetivo principal é a participação efetiva dos estudantes na construção do processo de aprendizagem, de forma flexível e interligada. Sua finalidade é desenvolver competências e capacidades, deixando de lado a simples replicação de conteúdo. Neste sentido, colaborar, criar, pesquisar, compartilhar, são conceitos e iniciativas abrangidos por essas metodologias e deverão fazer cada vez mais parte do processo de ensino e aprendizagem. (FEFERBAUM; KLAFKE, 2020)

O principal objetivo deste modelo de ensino é incentivar os alunos para que aprendam de forma autônoma e participativa, a partir de problemas e situações reais,

fazendo com que o estudante esteja no centro do processo de aprendizagem, participando ativamente e sendo responsável pela construção do conhecimento. As salas de aulas, então, deverão aos poucos se transformar em espaços de desenvolvimento de competências, onde a pesquisa e a troca de ideias e experiências colaborativas serão as bases do conhecimento. (GAROFALO, 2018; MORAN, 2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que, neste modelo de rede informacional que atualmente envolve os indivíduos, misturam-se vários saberes e formas muito diversas de aprender, enquanto o sistema educativo ainda se encontra todo organizado em torno da escola presencial, do livro e da apostila. O que se vive hoje, segundo Martín-Barbero (2006), é uma transformação nos modos de circulação do saber que, disperso e fragmentado, circula fora dos lugares sagrados que antes o detinham e das figuras sociais que o geriam.

Portanto, a escola está deixando de ser o único lugar da legitimação do saber, o que se constitui em um enorme desafio para o sistema educativo. Diante deste desafio, muitas vezes os docentes adotam uma posição defensiva e, às vezes, até negativa, no que se refere às mídias e às tecnologias digitais, como se pudessem deter seu impacto e afirmar o lugar da escola e o seu papel como detentores do saber.

É preciso que, perante esta nova ordem das coisas, a escola e seus profissionais não se afastem, mas busquem compreender o que se passa e se disponham a interagir com as novas possibilidades, tais como as metodologias ativas. É o que nos aponta Bakhtin, ao refletir sobre a necessidade de diálogo entre duas culturas. (FREITAS, 2010)

> A cultura do outro só se revela com plenitude e profundidade [...] aos olhos de outra cultura. Um sentido só revela as suas profundidades encontrando se e contactando com outro, com o sentido do outro: entre eles começa uma espécie de diálogo que supera o fechamento e a unilateralidade desses sentidos, dessas culturas. Colocamos para a cultura do outro novas questões que ela mesma não se colocava; nela procuramos respostas a essas questões, e a cultura do outro nos responde, revelando-nos seus novos aspectos, novas profundidades de sentido. Sem levantar nossas questões não podemos compreender nada do outro de modo criativo. [...] Neste encontro dialógico de duas culturas elas não se confundem; cada uma mantém a sua unidade e a sua integridade aberta, mas elas se enriquecem mutuamente. (BAKHTIN, 2003, p. 366)

O papel do professor na contemporaneidade passa pela concepção de que terá como alunos os nativos digitais. A formação deve ter uma ancoragem consistente na epistemologia do conhecimento, compreendendo-o como algo provisório e transitório, mas que tem regras e rigor. Ou seja, o educador é aquela pessoa que tem de estar sempre aberto ao novo, para investigá-lo e ver o que ele representa para o conhecimento e para a

aprendizagem. A era digital está aí e não existe mais como fugir desta nova realidade.

Os professores, para trabalhar com esta geração de nativos digitais, deverão, necessariamente, enfrentar a responsabilidade de uma constante atualização. Deverão encarar a defasagem entre o seu letramento digital e o do aluno, mantendo o distanciamento que possibilitará um olhar crítico diante do que a tecnologia digital oferece. Assim, espera-se que, nesta era da internet, o professor possa fazer da sua sala de aula um espaço de construções coletivas e de aprendizagens compartilhadas. (FREITAS, 2010)

[1] Os conflitos básicos - tradição versus arrivismo, dramas sexuais e intolerância racial trazidos por Edna Ferber em sua obra Giant de 1952 (FERBER, 2000). Seu livro tomou forma em um filme estrelado por Elizabeth Taylor, Rock Hudson e James Dean chamado "Assim Caminha a Humanidade" (Giant, 1956), sob a direção de George Stevens. (MERTEN, 2020)

[2] Giddens, ao mencionar "modos tradicionais", refere-se às tradições, crenças e valores nos quais a sociedade se baseava para desenvolver suas ações sociais no período por ele mencionado como pré-modernidade e modernidade. (GIDDENS; PIERSON, 2000)

[3] Ulrich Beck explica a "modernização reflexiva" como um fenômeno que, em virtude do seu inerente dinamismo, faz a sociedade moderna acabar com suas formações de classe, camadas sociais, ocupações, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico. Esse novo estágio, em que o progresso pode-se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que Beck denomina de "etapa da modernização reflexiva". "Em outras palavras, a modernização reflexiva também – e essencialmente – significa uma 'reforma da racionalidade' que faz justiça à ambivalência histórica a priori em uma modernidade que está abolindo suas próprias categorias de ordenação" (GIDDENS; BECK; LASH, 1997, p. 12).

[4] Big Data é o termo em Tecnologia da Informação (TI) que trata sobre grandes conjuntos de dados que precisam ser processados e armazenados, o conceito do Big Data se iniciou com 3 Vs : i) Velocidade, ii) Volume e iii) Variedade. É um dos principais pilares da Quarta Revolução Industrial, porque são esses dados que permitem às máquinas trabalharem com maior eficiência. (CANALTECH, 2021)

[5] A internet das coisas, também conhecida pela sigla IoT (de Internet of Things), é um conceito permeado pela hiperconectividade. Pode-se definir a internet das coisas como a rede de aparelhos, máquinas, carros e até prédios conectados através da internet. Visualizada e controlada por softwares, essa rede comunica-se, colhe dados e age em tempo real, possibilitando um monitoramento e um gerenciamento muito eficiente. (ZAMBARDA, 2014)

[6] Inteligência Artificial (IA) é um ramo da ciência da computação que possui o objetivo de desenvolver dispositivos que simulem a capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas. É a inteligência artificial que permite a tomada de decisão da máquina sem a interferência humana (descentralização da tomada de decisão). (BORGESIUS, 2018)

[7] "A palavra 'letramento' tornou-se usual em português apenas recentemente, a partir da tradução feita por Mary Kato (1986) para o termo 'literacy', que aparece freqüentemente nos estudos sobre leitura e escrita publicados em língua inglesa". (BUZATO, 2006)

[8] A tecnologia da informação e comunicação (TIC) pode ser definida como um conjunto de recursos tecnológicos, utilizados de forma estrategicamente organizada e com objetivos comuns. As TICs são utilizadas das mais diversas formas, na indústria, no comércio, no setor de investimentos e, principalmente, na educação (no processo de ensino e aprendizagem, na Educação a Distância). (PACIEVITVH, 2021) O desenvolvimento de hardwares e softwares garante a operacionalização da comunicação e dos processos decorrentes em meios virtuais. No entanto, foi a popularização da Internet que potencializou o uso das TICs em diversas áreas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Karen. **O desafio da Educação 4.0 nas escolas**. 12 de Março de 2018 às 09h53. Disponível em: https://canaltech.com.br/mercado/o-desafio-da-educacao-40-nas escolas-109734/. Acesso em: 24 jul. 2021.

BAKHTIN, M. Os estudos literários hoje. In: BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 358-366.

BLAKEMORE, Erin. **Desastre de Chernobyl**: o que aconteceu e os impactos a longo prazo. Publicado 6 de jun.de 2019 13:04 BRT, atualizado 5 de nov. de 2020. Disponível em: https://www.nationalgeographicbrasil.com/2019/06/o-que-aconteceu-desastre chernobyl-uniao-sovietica-ucrania-energia-nuclear. Acesso em: 22 jun. 2021.

BORGESIUS, Frederik Zuiderveen. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. [s.l.] Directorate General of Democracy - Council of Europe, 2018. Disponível em: https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and algorithmic-decision-making/1680925d73. Acesso em: 23 jul. 2021. CITE

BUZATO, Marcelo E. K. **Letramentos Digitais**: um lugar para pensar em Educação, Internet e oportunidades. III Congresso Ibero-Americano EducaRede: Educação, Internet e Oportunidades. Memorial da América Latina, São Paulo, BRASIL, 29 a 30 de maio de 2006. pdf. Disponível em: https://www.academia.edu/1540437/Letramentos_Digitais_e_Forma%C3%A7%C3%A3o _ de_Professores Acesso em: 24 jul. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANALTECH. **O que é Big Data?** Por Redação. Disponível em: https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/ Acesso em: 23 jul. 2021.

DUGAN, KEVIN T. **Tudo o que você precisa saber sobre o lançamento espacial Blue Origin de terça-feira com Jeff Bezos**. Publicado em 19 de julho de 2021 21:00 GMT-3. Disponível em: https://fortune.com/2021/07/19/jeff-bezos-space-launch-blue-origin-july-20- 2021-billionaires/ Acesso em: 20 jul. 2021.

FERBER, Edna. **Giant**: A Novel. New York: Harper Perennial; Reprint edição, 2000.

FIA. **Indústria 4.0**: o que é, consequências, impactos positivos e negativos [Guia Completo]. Fundação Instituto de Administração (FIA), 2018. Disponível em: https://fia.com.br/blog/industria-4-0/. Acesso em: 23 jul. 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
FREITAS, Maria Teresa. **Letramento Digital e formação de professores**. Educ.rev.vol.26, nº 03. Belo Horizonte, 2010. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982010000300017. Acesso em: 23 jul. 2021.

GAMA, Laura Judith de Jesus. Direito na Escola: **Inserção Transversal de Temas Jurídicos nas Disciplinas Escolares do Ensino Médio em Face do Princípio Fundamental de Acesso à Cidadania**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual do Maranhão, São Luís, 2017.

GAROFALO, Débora. **Como as metodologias ativas favorecem o aprendizado**. Nova Escola, 25 de junho de 2018. Disponível em: https://novaescola.org.br/conteudo/11897/como-as-metodologias-ativas-favorecem-o aprendizado. Acesso em: 24 jul. 2021.

GIDDENS, Anthony; PIERSON, Christopher. **Conversas com Anthony Giddens**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

GOLDSZTEIN, Fernando. **Jeff Bezos, sem limites**. ZERO HORA, sábado e domingo, 17 e 18 de julho de 2021. Caderno DOC, p. 15.

GRANATO, Luísa. Corrida espacial dos bilionários: o futuro do trabalho será no espaço. Publicado em: 14/07/2021 às 06h52. Alterado em: 14/07/2021 às 09h40. **Revista Exame**. Disponível em: https://exame.com/carreira/corrida-espacial-bilionarios-futuro-do trabalho/?utm_source=crm&utm_medium=email&utm_campaign=academy_newsletter& ut m_term=corrida-espacial-bilionarios-futuro-do-trabalho&utm_content=intention_6-onda_lead_20-07-2021-base-geral Acesso em: 21 jul. 2021.

HERMOSO, Borja. Pierre Lévy: "Muitos não acreditam, mas já éramos muito maus antes da internet". **El País**. Madri - 01 jul. 2021 - 20:14 BRT. Disponível em: https://brasil.elpais.com/eps/2021-07-01/pierre-levy-muitos-nao-acreditam-mas-ja-eramos muito-maus-antes-da-internet.html Acesso em: 23 jul. 2021.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. (Trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2009.

LYOTARD, Jean Francois. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 6ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MARTÍN-BARBERO, J. Tecnicidades, identidades, alteridades: mudanças e opacidades da comunicação no novo século. In: MORAES, D. **Sociedade midiatizada**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2006, p. 51-79.

MERTEN, Luiz Carlos. **Clássico do Dia**: 'Assim Caminha a Humanidade', a grande

despedida de James Dean. Publicado em 5 maio 2020 09h2, atualizado em 22/10/2020 às 18h11. Disponível em: https://www.terra.com.br/diversao/cinema/classico-do-dia-assim caminha-a-humanidade-a-grande-despedida-de-james dean,ff8a0fd6cabec5fce3f478ac1d8872f5o6yi2bc0.html Acesso em: 20 jul. 2021.

MORAN, José. Metodologia ativas e modelos híbridos na educação. In: YAEGASHI, Solange e outros (Orgs). **Novas Tecnologias Digitais**: Reflexões sobre mediação, aprendizagem e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2017, p. 23 a 35. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2018/03/Metodologias_Ativas.pdf. Acesso em: 24 jul. 2021.

OPAS/OMS, Organização Pan-Americana da Saúde; Organização Mundial da Saúde. **Histórico da pandemia de COVID-19**. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19 Acesso em: 22 jun. 2021.

PACIEVITVH, Thais. **Tecnologia da Informação e Comunicação**. Infoescola. Disponível em: https://www.infoescola.com/informatica/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/. Acesso em: 23 jul. 2021.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

PINSKY, Vanessa. **Aquecimento Global**: O que é, Causas e Consequências. 17 de fevereiro de 2021, 16:30. Disponível em: https://fia.com.br/blog/aquecimento-global/ Acesso em: 22 jun. 2021.

RIBEIRO, Ana Elisa. COSCARELLI, Carla Viana. **Letramento Digital**. Glossário Ceale. Disponível em: http://www.ceale.fae.ufmg.br/app/webroot/glossarioceale/verbetes/letramento-digital. Acesso em: 24 jul. 2021.

SASAKI, Fabio. **Da Arpanet ao Facebook**: uma breve história da Internet. Guia do Estudante, 2019. Disponível em: https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades vestibular/da-arpanet-ao-facebook-uma-breve-historia-da-internet/. Acesso em: 23 jul. 2021.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda – São Paulo: Edipro, 2018.

SILVA, Leonardo Werner. **Internet foi criada em 1969 com o nome de "Arpanet" nos EUA**. Folha de São Paulo, 2001. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml. Acesso em: 23 jul. 2021.

SILVEIRA, Rosemari Monteiro Castilho Foggiatto; BAZZO, Walter Antonio. **Ciência e**

Tecnologia: transformando a relação do ser humano com o mundo. In: Anais do IX Simposio Internacional Processo Civilizador: Tecnologia e Civilização, 9., 2005, Ponta Grossa, PR: Editora UTFPR, 2005. Disponível em: http://www.uel.br/grupoestudo/processoscivilizadores/portugues/sitesanais/anais9/artigos/ workshop/art19.pdf Acesso em: 24 jul. 2021.

THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, 6 maio 2017. Disponível em: https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no longer-oil-but-data Acesso em: 23 jul. 2021.

WAKKE. **O que é Educação 4.0 e como ela vai mudar o modo como se aprende?** 25 de janeiro de 2019. Disponível em: https://wakke.co/o-que-e-educacao-4-0-e-como-ela--vai-mudar-o-modo-como-se-aprende/ Acesso em: 24 jul. 2021.

ZAMBARDA, Pedro. **'Internet das Coisas'**: entenda o conceito e o que muda com a tecnologia. 16/08/2014 09h01 - Atualizado em 16/08/2014 09h0. Disponível: https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/08/internet-das-coisas-entenda-o conceito-e-o-que-muda-com-tecnologia.html Acesso em: 23 jul. 2021.

POLARIZAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL E O DISCURSO DE ÓDIO COMO FATORES PREDOMINANTES NA DESMORALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Tariane Menegaz [1]
Gabriela Somenzi [2]
Viviane Bortolini Giacomazzi [3]

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo verificar se há de fato relação entre a falta de credibilidade das democracias atuais através do uso indevido da liberdade de expressão na promoção, tanto de fake News como na propagação pelas redes socias, de um discurso de ódio de motivação política. Para elucidar tal problemática, propõe-se reflexões acerca das democracias na atualidade, do discurso de ódio nas mídias e a liberdade de expressão. Analisar-se-á as origens e evoluções dos discursos e o meio político no qual se disseminam, e o quanto tais discursos acabam por originar polarização política através de estratégias de marketing que viabilizam um processo eleitoral violento alicerçado no ódio, travestido de liberdade de expressão, afrontando o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Democracia. Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Polarização. Política.

INTRODUÇÃO

Com o marco civil da internet e o facilitado acesso à informação, se tornou comum na realidade atual se discutir e proferir opiniões sobre vários temas, principalmente sobre questões políticas. Com isso, e principalmente após as eleições brasileiras de 2018, se percebeu um aumento de discursos inflamados e muitas vezes ofensivos disseminados na internet em uma eterna batalha sobre ideais políticos antagônicos, o que propiciou o surgimento de um fenômeno contundente de polarização política.

Diante disso, e das formas não-democráticas das discussões, surge a dúvida sobre os limites da liberdade de expressão e até onde haverá ascensão do discurso de ódio revestido de mera "opinião" violando direitos alheios. Dessa forma, tendo em vista a relevância da discussão e compreensão deste tema, a presente pesquisa tem por finalidade analisar e buscar a origem de tais situações ora vivenciadas na realidade brasileira.

Para tanto, pretende-se fazer uma breve análise do histórico e origem da democracia,

[1] Acadêmica de Direito na URI – Câmpus de Erechim, cursando, atualmente, o 6º semestre. Bolsista. *E-mail*: 094517@aluno.uricer.edu.br

[2] Acadêmica de Direito na URI – Câmpus de Erechim, cursando, atualmente, o 6º semestre. Bolsista. *E-mail*: 094615@aluno.uricer.edu.br

[3] Professora universitária na URI - Erechim. Mestre em Direito pela URI, sob tema A cidadania e a inclusão de minorias étnico-sociais após a Constituição Federal de 1988. Especializada em Direito (Dano Moral e sua valoração). Advogada.

bem como da conceituação da liberdade de expressão e como esta se vincula ao discurso de ódio, como também de que maneira este se propaga nos meios de comunicação de massa, mormente na atualidade, inserido no contexto das redes sociais.

DA DEMOCRACIA

A democracia surgiu na Grécia Antiga, mais precisamente na cidade de Atenas, uma cidade-estado, basicamente uma cidade com autoridade e soberania de país, por meados de 500 a.C. No contexto da época de tirania e guerras, a vingança privada começou a perder espaço, deixando florescer uma nova forma de convívio social: a democracia. Nesse aspecto, democracia caracteriza-se pela participação do povo, o qual torna-se o detentor do poder, dando voz e vez a coletividade.

A palavra "democracia" tem origem grega, onde a expressão "demos" significa "povo", e kratos significa "domínio/poder", o que traduz perfeitamente a ideia acima descrita de democracia. Foi por meio desta que a participação política dos cidadãos teve sua primeira aparição no cenário de decisões estatais e que acabou fazendo história. Para Aristóteles, nesse ideal participativo da população, "[...] o cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária [...]" (ARISTÓTELES apud BASTOS; SILVA, 2020).

Contudo, vale ressaltar que este era o modelo de democracia da época. Atualmente, muitos são os conceitos ressignificados de democracia, como também há mais de um modelo desta.

Em Atenas a democracia era direta, reunia-se a população da cidade na ágora[1] e ali discutia-se sobre os temas pertinentes a cidade e a coletividade, cada participante poderia levantar a mão para a contagem por estimativa de votos, sendo oportuno ressaltar que a cidade continha 6 (seis) mil habitantes. Também, salienta-se que a cada três pessoas, uma era escava, tais pessoas não participavam da votação. A cidade inteira era cercada por muros, possuia torre de vigilância para controle dos escravos e invasores, com a descoberta dos metais valiosos e um Imperador bastante astuto, haviam construções riquíssimas e centralizadas apenas para guardar a riqueza.

Levando em consideração também que na democracia Ateniense, as mulheres não votavam, somente homens com determinada idade, patrimônio e de determinada linhagem é que poderiam votar, portanto, percebe-se que havia diversas restrições ao voto, ou seja, apenas algumas pessoas poderiam usar da liberdade democrática para votar. Em determinado momento se percebeu que a competição eleitoral era da elite de poder, e assim, o que nasceu para dar voz ao povo se vinculou a riquezas.

O maior marco de percepção de que a democracia foi criada sobre uma falácia de inverdades e hipocrisia foi quando, talvez o mais importante pensador da Grécia antiga, um

[1] Espécie de praça pública.

dos mais relevantes pensadores: "Sócrates". Ele questionou sobre estes aspectos contraditórios da democracia Ateniense, porém, seu discurso não atingiu os cidadãos da forma esperada, assim, silenciaram-no, fato que resultou em sua morte.

Tal fato, faz com que se perceba que a liberdade de expressão, a própria liberdade, a democracia em si, possuem um limite, dita contatação servirá de modelo para os tempos atuais e como a história se desenvolveu ao longo dos anos.

Desta maneira, traçando um paralelo com a democracia supra mencionada, importa entender os tipos e qual se aplica atualmente dentro de nosso contexto histórico-cultural, são os tipos: direta (participação assídua da população em todas as decisões); semi-indireta (há representatividade, porém, admite-se a intervenção direta pelo povo); e indireta (também conhecida como representativa). Considerando que se conhece o Brasil como um Estado democrático de Direito pela Constituição Federal, muitos entendem pela forma federativa e de governo que o país se sobrepõe a uma democracia indireta, porém, levado em consideração as espécies de participação direta já construídas no Brasil, como plebiscito e refendo, a melhor conceituação seria pela democracia semi-indireta.

Diferente de Atenas, dentro da estrutura atual brasileira, seja por questões culturais, econômicas ou geográficas, seria inviável exigir que todos os cidadãos participassem de forma direta na atuação do Estado. Portanto torna-se funcional estabelecer uma democracia quase que totalmente indireta por representatividade

Em outras palavras:

> A alternativa histórica à democracia representativa é a democracia direta, vencida historicamente por inadequada a sociedades de massa e à complexidade do Estado contemporâneo – que exige profissionalismo (isto é, dedicação exclusiva, formação e competência) de quem governa e de quem legisla. A introdução de uma nova infraestrutura tecnológica, entretanto, faz ressurgir fortemente as esperanças de modelos alternativos de democracia, que implementem uma terceira via entre a democracia representativa, que retira do povo a decisão política, e a democracia direta, que a quer inteiramente consignada ao cidadão. Estes modelos giram ao redor da idéia de democracia participativa e, nos últimos dez anos, na forma da democracia deliberativa, para a qual a internet é, decididamente, uma inspiração (GOMES, 2005, p. 218).

Entretanto, com o avanço da internet e das informações em grande escala na rede, as pessoas cada vez mais fazem parte de uma democracia deliberativa, com opiniões inflamadas e debates acalorados, viralizando e encontrando no manifesto político a arte da mudança e da fiscalização, embora muitas vezes rasas:

> O que antes evitava-se em conversas, atualmente é comum se debater, mesmo que os argumentos sejam supérfluos e distorcidos. Ao mesmo tempo que os canais de debates se tornam de fácil acesso, a desfragmentação da participação política causada pela falta de crença nas instituições políticas,

> gera uma democracia individualista, sem uma participação social de fato. As redes sociais são positivas por disponibilizar canais de debate, porém, são negativas por possuir conteúdos duvidosos que levam os cidadãos a acreditarem em conteúdos falsos e desconfiar ainda mais daquilo que veem (BASTOS; SILVA, 2020, p. 637-656).

Na democracia da modernidade, os conteúdos verídicos são facilmente descartáveis e a promoção de Fake News, ou qualquer discurso baseado em "achismos" se torna de grande relevância e abrangência pelo público em geral. Por tanto, Gomes (2005, p. 216) aponta que:

> Pelo menos três modelos de democracia disputam neste momento o lugar de alternativas à democracia representativa no seio da discussão sobre internet e participação política civil: o modelo liberal-individualista, que é importante para a ideologiainternet na forma do ciber-libertarianismo; o modelo comunitarista, que há bem pouco tempo disputava com o modelo liberal clássico o predomínio no ambiente anglo-saxão e o modelo deliberacionista, de origem habermasiana, que se tornou predominante na década de 90 em ambientes de língua inglesa.

Sopesado a liberdade de acesso e de opinião e as maneiras pelas quais a democracia deliberativa da atualidade comporta, se entende que

> esse conceito de justificação por meio do raciocínio público - o núcleo do ideal democrático deliberativo - pode ser representado em um procedimento idealizado de deliberação política, construído para capturar as visões de liberdade, igualdade e raciocínio que figuram no ideal democrático deliberativo" (COHEN, 1999, p. 396).

Dessa maneira, com o avanço da tecnologia, viabilizou-se a possibilidade dos cidadãos participarem da esfera política, notadamente conhecida como distante à sociedade, revelando ser a alternativa mais simples de aproximação do negócio público ao povo. Gomes (2005, p. 217) ainda afirma que esta perspectiva é sustentada basicamente pelas teorias libertárias da democracia e pela sua versão anárquico-liberal da internet.

POLÍTICA POLARIZADORA BRASILEIRA

É importante destacar que a política brasileira se construiu ao longo do tempo, sempre em um panorama de polarização, seja com a antiga política do café com leite, ou mais próximo, sob o ponto de vista temporal, com as ditas "esquerda comunista" ou a "direita militar", fato que propiciou a práxis da política brasileira, ser manchada por fraudes, corrupção, golpes e tramoias. Desta forma, contata-se que o sistema político pátrio,

tem por base ainda uma democracia juvenil, que demostra de forma clara suas falhas e ingenuidade.

Os brasileiros beiram ao fanatismo ao tornar políticos ídolos/mitos, nas eleições, ademais, comum observar os cidadãos se identificando com lados, em teoria opostos ideologicamente, tratando das eleições, de forma infantilizada, como um fenômeno futebolístico, temperando os ânimos de forma contundente e passional.

Aliado a isso, os partidos políticos e candidatos corroboram com a intensificação deste cenário catastrófico de alienação populacional. Atualmente, o país consagra mais de 30 partidos políticos e coligações partidárias e os cidadãos continuam cegamente apaixonados por polarizar ideias, embora comprovado que há muitos mais do que apenas dois lados em quaisquer questões.

Seja alienados por um discurso populista, ou mesmo totalitário, o Brasil alterna de um extremo ao outro em curtos espaços de tempo.

> a manobra política se instala de maneira sórdida, violenta (simbólica e fisicamente), por meio de enunciados compostos com linguagens variadas – as estratégias discursivas são semelhantes, ainda que os signos e a valoração, na manifestação, pareçam opostas/divergentes. Os mecanismos de ataque, por exemplo, com uso de fake News são semelhantes. Mesmo que um discurso se volte a concepções contrastantes (direitos humanos, autoritarismo, prática democrática ou totalitária), em sua estrutura, comporta-se de maneira similar – pela acusação, ridicularização, apontamento ao outro, muitas vezes, de maneira violenta ou humorada (outro tipo de violência, a depender da configuração). Essa polaridade divide sujeitos em diversas esferas e as relações (em todos os níveis) têm se reconfigurado a partir da alteração organizacional sociocultural estabelecida (PAULA; OLIVEIRA, 2020, p. 4).

Predomina em território pátrio, o movimento de massas polarizadas que acreditam fielmente que há somente dois lados, sem nem ao menos ouvir outras perspectivas e argumentos antes de atacar intimamente o outro polo. Ou seja, além de "serem irrefletidas as "políticas" em si com as respectivas ideias e noções argumentadas ante a beligerância de uma ideologia cega que predomina, confia-se sobremaneira nas figuras carismáticas dos líderes dos grupos que as anunciam" (JOÃO; REIS, 2019, p. 1-22).

AS MÍDIAS COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO IMPULSSIONADORAS DE DISCURSOS DE ÓDIO COM IDEIAS POLÍTICOS

Como já mencionado, a modernidade trouxe além dos meios clássicos de comunicação, como rádio, jornal e televisão a celeridade das informações por meio da internet. Apesar de tratar-se de veículo propulsor de conteúdo para a maioria da população, ao contrário dos antigos meios de comunicação, que vinculavam a notícia de forma mais

isenta, o algoritmo das redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter funcionam através de um filtro de informações que coincidem com o gosto e o interesse de seus membros.

As pessoas perpetuam o mesmo discurso e se relacionam com pessoas que se comportam parecido por meio da identificação, da qual possui dois elementos necessários: "um cognitivo, no sentido de consciência de pertencimento, e um valorativo, no sentido de que esta consciência está relacionada a conotações de valor" (TAJFEL, 1982, p. 02).

Dessa perspectiva, as pessoas ficam dentro das próprias "bolhas sociais" que construíram e se tornam suscetíveis a se frustrar facilmente quando deparadas com indivíduos de grupos de ideologias diferentes das suas, e, ainda, quando confrontadas, geram conflitos. Explica-se que "o conflito entre grupos é a percebida incompatibilidade de objetivos ou valores entre dois ou mais indivíduos, que surge porque esses indivíduos se classificam como membros de diferentes grupos" (BARON; BOHM; RUSCH, 2018, p. 10).

Se faz necessário entender a perspectiva grupal e como funciona psicologicamente a premissa de identificação de grupo e o conflito inerente aos polos contrários. Os grupos criam tensões uns com os outros, pela aparência de haver "recursos limitados", do que se entende que: "dentro de uma sociedade, o acesso a recursos pode ser limitado para um grupo. Os recursos envolvidos podem incluir recursos econômicos, como dinheiro e empregos, bem como recursos menos tangíveis, como poder e prestígio" (ESSES; DOVIDIO, et. al. 2004, p. 100).

O que se percebeu através de estudos, foi justamente o conflito natural pelo medo de perder esses "recursos limitados", o outro grupo se torna ameaçador, demonstrando hostilidade, xingamento e até brigas, "indicando que a democracia dentro de um grupo não leva necessariamente à relações democráticas, quando as próprias relações entre os grupos são repletas de condições propícias à tensão" (SHERIF; HARVEY; et. al. 1988, p. 11).

Se percebe que quanto mais o pensamento de ódio pela ameaça se externaliza, o discurso se tornava real e disponível aos atacados, como também os demais que ainda não se sentiam confiantes a atacar. Ou seja, o discurso de ódio causa danos e incita a ser feito por mais pessoas gerando efeitos nocivos a dignidade e aos direitos de outras pessoas (CIOCCARI; EZEQUIEL, 2017). Dentro dessa análise, é importante conceituar o discurso de ódio:

> O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. [...] Caracteriza-se pelo conteúdo segregacionista, fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for dado a conhecer a outrem que não o próprio emissor (SILVA et al, 2011, p. 447-468).

Em resumo: ambos os polos acreditam que seu grupo ideológico é superior que outro e precisa incessantemente menosprezar o discurso alheio sem ao menos ouvi-lo. Dentro da política, o que surpreende é que os lados não tentam acabar com essa infinita discórdia, mas pelo contrário, impulsionam essa fúria, o que adiante será melhor explicado. Visto isso, trata-se de marketing político:

> Um conjunto de técnicas e procedimentos cujo objetivo é avaliar aspectos psicológicos do eleitorado, visando embasar estratégias para aumentar a aceitação do candidato junto à população. Basicamente centra-se: i) na imagem dos candidatos, dos partidos políticos e dos adversários, ii) nos aspectos psicológicos dos eleitores e, por fim, iii) no acompanhamento de todo o processo eleitoral, intervindo de modo ativo conforme os objetivos pretendidos (GONDIM; VEIGA, 2001, p. 1-15)

Quanto melhor as estratégias de imagem e discurso do candidato, melhor será consolidado o seu eleitorado. Nessa essência, é possível retomar o aspecto psicológico grupal, esse intensifica a disseminação em massa de discurso ideológico, intensifica a consolidação pela esfera de identificação, e mais pessoas se sentem confortáveis de aderir ao grupo. E, como é perceptível ao longo dos anos, quanto mais visibilidade e maior o engajamento de determinada notícia, história ou discurso, mais Fake News se espalham. Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpopai) da USP fez um levantamento, em 2018, que cerca de 12 milhões de cidadãos brasileiros compartilharam fake news sobre política. Na reportagem do Estadão (MARTINS apud BASTOS; SILVA, 2020, p. 637) diz que: "Se considerada a média de 200 seguidores por usuário, o alcance pode chegar a praticamente toda a população brasileira".

Oliveira e Gomes (2019, p. 110) complementam que "[...] apesar da disseminação de notícias falsas já ter sido percebido nas eleições de outros países, a dificuldade aqui apresentada se deu pelo uso do sistema criptográfico de mensagens para a desinformação massiva.". Além de difícil saber quais são notícias verdadeiras, a desinformação acaba por fomentar os discursos de ódio.

Em se tratando do discurso de ódio de cunho político e o marketing político, Koopmans (2004) analisa que há três principais componentes para essa estrutura: legitimidade, ressonância e visibilidade. Discursos pacíficos e com capacidade de gerar consenso por legitimidade normalmente não engajam a mídia e não tem o fluxo de informações disseminadas quanto discursos que ressoam. Nessa análise, discursos ressoantes, que geram conflito e discussão, seja positivo ou negativamente (dissonantes) acabam tendo maior visibilidade nos meios de comunicação de massa. Para a difusão de informações na esfera pública é necessário oportunidade discursiva, quanto maiores polêmicas ou discursos conflitantes na esfera polarizadora, maior a evolução da imagem de quem a iniciou, logo, visibilidade em meio as massas capaz de influenciar pessoas. Ou seja, discursos polêmicos fazem parte da estratégia e marketing político de aproveitamento da experiência grupal polarizadora na política brasileira.

Ainda, na esfera das redes sociais, o impacto é ainda maior:

> Isto gera por vezes uma dupla falsa impressão: primeiramente por considerar a extensão do debate maior do que efetivamente foi; em segundo lugar, por gerar uma falsa sensação de consenso. Nesta dupla falsa impressão, pode estar o embrião para o extremismo ideológico e nocivo para a esfera pública democrática. Considera-se, equivocadamente, que houve maturação suficiente do debate online, estendida a um público considerável, e uma falsa impressão de que houve um consenso razoável. [...] O atual funcionamento da rede até permite, por exemplo, que blogues menos populares possam despontar e tornarem-se amplamente acessados, vide o efeito da viralização na internet. No entanto, vislumbra- -se o fato de que as pessoas sejam mais suscetíveis a ler blogs com mais acessos nos buscadores, bem como blogues mais alinhados às suas crenças, dificultando que a "verdade" na concepção habermasiana emerja, e a polarização seria inevitável (MAGRANI, 2014, p. 126-131).

Dessa forma, as mídias e a internet impulsionaram os debates, mas também, proporcionaram a disseminação de informações instantâneas passíveis de discurso de ódio em massa entre grupos, o que tem efeitos sentidos como "impuníveis". Isso fortalece a política polarizadora brasileira que inflama nesses discursos de internet que ganham vida ao silenciar a outra parte, e estremecer o direito constitucional que é conectado diretamente à democracia: a liberdade de expressão.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão foi um dos direitos elencados na Constituição Federal de 1988, no que tange os direitos e garantias fundamentais. Essa liberdade é muitas vezes taxada como uma das mais importantes, pois com ela se veda a censura e qualquer tipo de silenciamento, dando abertura para qualquer indivíduo se expressar, e com essa, pode-se buscar os demais direitos.

A democracia é intimamente ligada a liberdade de expressão, pois sem a democracia não se tem a liberdade total para esta, ou seja, se fere uma, de alguma maneira toca a outra.

> No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos fundamentais efetivam-se de modo interdependente: a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Porém, não restam dúvidas de que tal liberdade é imprescindível que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso (TÔRRES, 2013, p. 62).

Para Castells (2018, p. 146) "a democracia está em crise e certamente precisa ser

reinventada. Em tempos em que o autoritarismo se arvora mundo afora e a acumulação capitalista se dá, cada vez mais, por meio da violência". A violência através de palavras, seja nas eleições ou não, são a espécie de discurso e deliberação através de ódio que desconstrói os preceitos caracterizadores da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é ampla e abrangente, mas é limitada pelos demais direitos, ou seja, não pode violar os demais direitos constituídos na carta Magna em nome do direito à liberdade de expressão. Uma das principais premissas é justamente essa, que a liberdade de um termina no limite da liberdade de outro. Como já mencionado, esse direito de deliberar, ter opiniões, discutir, etc. está sendo interpretado de forma equivocada e de má-fé, usando-se deste para proferir discursos de ódio, principalmente na internet. Tratado em números, "as violações online tiveram um papel significativo em 2018. Foram registrados 11 casos em que alguma ferramenta online serviu de meio para a veiculação de ameaça de morte, como aplicativos de mensagens, mídias sociais ou e-mails" (ARTIGO 19, 2018, p. 15).

O que se refere a esses números são no período de eleições de 2018 com o acirramento da política polarizadora e da tensão ameaçadora entre os grupos de ideologias diversas. Na proporção em que os discursos do atual presidente Jair Bolsonaro ganhavam ressonância e visibilidade, as polêmicas e os discursos de ódio tiveram aumentos significativos. Artigo 19 ainda aponta que no Brasil os principais autores de violações contra comunicadores são políticos, policiais e agentes públicos, ou seja, agentes do Estado. "[...] Em 2018, agentes do Estado responderam por 18 violações (51%), das quais 15 tiveram políticos por trás." (ARTIGO 19, 2018, p. 19).

Ainda se reflete como atos violentos ou de discursos de ódio no meio político e em períodos de eleições:

> O contexto político-eleitoral foi, portanto, decisivo para o aumento do risco e das ocasiões de violência contra comunicadores, sejam estas atentados contra a vida ou não. Voltadas a cargos federais e estaduais, as eleições somam-se ao contexto político cotidiano e local dos municípios. A política como pano de fundo está presente em 26 (74%) das 35 violações contra a vida registradas neste relatório. Os enredos são os mais diversos: coberturas de casos de corrupção, denúncias contra a administração pública ou mesmo investigações sobre aspectos do processo eleitoral. Na maioria desses casos a autoria intelectual da violação é de políticos, mas há também empresários, agentes públicos e um perfil que tornou-se especialmente recorrente, o de cidadãos sem perfil definido. Considerando todos os tipos de violação documentados em 2018 pela ARTIGO 19, para além das mais graves aqui apresentadas, mais da metade das 184 ocorrências possuem relação com contexto político, contabilizando 95 casos (ARTIGO 19, 2018, p. 27).

Entretanto, tanto quanto figuras políticas quanto cidadãos comuns cada vez mais se sentem confortáveis a violar a liberdade de expressão ou de tentar calar outra pessoa perante agressões. A cultura do discurso de ódio, da violação das liberdades de expressão na internet são muito mais acessíveis, porém ainda podendo ser penalizadas.

> Trata-se do que uma das vítimas apontou com preocupação: a ascensão do cidadão comum como agressor. Alguns desses casos possuem um autor específico responsável pela ameaça, enquanto em outros há uma variedade de agressores. Outro traço dos ataques online é o ataque à figura pessoal da comunicadora ou comunicador. Dentre todos os tipos de motivação aqui listados, notamos ofensas e ataques direcionados à pessoa, não apenas ao conteúdo de sua produção. (ARTIGO 19, 2018, p. 19)

Por consequência, imitação ou incitação, as pessoas que se identificam ideologicamente ou se sentem na posição hierárquica de atacar a oposição estão justamente promovendo um discurso autoritário e abolicionista da liberdade de expressão.

> Atualmente a organização democrática está envolta de figuras que apresentam, além da desvalorização da democracia como algo funcional. A liberdade apoiada pela possibilidade de expressar-se, votar, opinar, debater, está sendo substituída por silogismos edificados pelo pensamento autoritário. Torna-se até contraditório, porém grupos de brasileiros estão indo às ruas com cartazes e palavras de ordem, característica primordial de uma democracia e liberdade de expressão, pedindo a volta do AI-5 e regimes ditatoriais. Esses movimentos, que ganham espaço em 2020, fazem questionar se os pilares básicos sociais precisam ser revistos. Precisa-se de educação e informação (CASTRO; SILVA, 2020, 675-896).

Porém, os mais vulneráveis nessa situação são os menos instruídos, com pouca escolaridade ou socioeconomicamente marginalizados, pois estes não terão capacidade de compreender todo o discurso de ódio, muito menos entender o nível de silenciamento que é abolir a liberdade de expressão:

> Cremos que quando as vítimas do discurso do ódio forem pessoas ou grupos vulneráveis, ignorados ou oprimidos pelos grupos hegemônicos as restrições ao direito de expressão de conteúdo discriminatório são mais aceitáveis, seja porque essa mensagem tende a reproduzir e talvez recrudescer a discriminação, seja porque provavelmente não haverá condições adequadas de contrapor ideias, opiniões e sentimentos compartilhados pela maioria ou pelos grupos hegemônicos, pois o acesso às novas tecnologias passa pela superação das barreiras socioeconômicas (ROTHENBURG; STROPPA, 2015, p. 8).

Na modernidade e acesso a tecnologias, se torna difícil saber em qual meio de comunicação se está inteiramente seguro de desinformação proposital e estrategizada, mas saber quais os limites do discurso de ódio silenciador, seja nas políticas ou seja em qualquer outro tema até o ponto de isso agredir a vida de alguém. Para Lévy (2003):

> Você não confia na mídia em geral, você confia em pessoas ou em instituições organizadas. Comunicação autônoma significa que sou eu que decido em quem confiar, e ninguém mais. Eu consigo distinguir a honestidade da

> manipulação, a opacidade da transparência. Esse é o ponto da nova comunicação na mídia social.

Nisso, se comprova que quando ultrapassado os limites do razoável da liberdade de expressão, obstrui maiores direitos, como a democracia, na prática de uma censura conformada e creditada em discursos ofensivos à construção de tais direitos constitucionais e de sua relevância na prática. Ter políticos idealizadores e promotores de discurso de ódio, discursos que propagam ideias ameaçadoras na esfera polarizadora da política brasileira é de longe atentado à democracia e aos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Assim, é possível concluir que o discurso de ódio por uso indevido do direito de liberdade de expressão deslegitima a força provinda deste direito.

A democracia como meio de participação e deliberação promove a liberdade de expressão, quando a liberdade de expressão é transformada em gatilho para a promoção de marketing político para intensificar a visibilidade de candidatos de esferas polarizadoras, transforma-se o cidadão em mero instrumento de alienação.

Enquanto os cidadãos estiverem preocupados em agredir e ameaçar uns aos outros na ficta ideologia que lhes consome, não perceberão as verdadeiras razões pelas quais as pessoas que incentivam isso a fizeram, ou seja, as ideologias subjacentes, que de nada alicerçam-se no verdadeiro espirito político do bem comum da nação.

Dessa forma, constata-se o quão destrutivo pode ser o discurso de ódio para enfraquecer a democracia, principalmente, quando um dos seus pilares, a liberdade de expressão é desmoralizada, ou desqualificada.

Numa atitude contraditória, pessoas atacam aquilo que lhe é mais precioso a liberdade de expressar o seu pensamento.

Diante disso, reforça-se que a democracia e a liberdade de expressão são de extrema importância, e compreender as origens e consequências dos discursos de ódio e violência ideológica faz com que o processo de participação popular se aprimore, resultando no verdadeiro espirito democrático.

REFERÊNCIAS

BARON, Jonathan; BOHM, Robert; RUSCH, Hannes. **The psychology of intergroup conflict:** a review of theories and measures. Amsterdam: Journal of Economic Behavior & Organization, 2018.

BASTOS, Brenda Eduarda de; SILVA, Claudia Maria Felix de Vico Arantes da. **Como a internet e as redes sociais influenciam na democracia brasileira:** o mau uso dos canais de debate. Paraná: FAE Centro Universitário | Núcleo de Pesquisa Acadêmica, 2019-2020, 637-656.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura:** a crise da democracia liberal. Tradução: Melo, Joana Angélica d'Avila. São Paulo: Zahar, 2018.

CASTRO, Lara Gabriela; SILVA, Claudia Maria Felix de Vico Arantes da. **A liberdade de expressão e o voto na sociedade 4.0.** Paraná: FAE Centro Universitário | Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA, 2020, p. 675-696.

CIOCCARI, Deysi; EZEQUIEL, Vanderlei de Castro. **Discurso de ódio na tribuna da Câmara dos Deputados.** São Paulo: Revista De Estudos Universitários, 2017, 209-225.

COHEN, Joshua. **Reflections on habermas on democracy**. v. 12, n. 4 Hoboken: Ratio Juris, dez. 1999, p. 385-416.

CONCLI, Raphael; FIRBIDA, Thiago; LIMA, Júlia. **Violações à Liberdade de Expressão:** Relatório Anual. São Paulo: ARTIGO 19, 2018.

DOVIDIO, John; ESSES, Victoria; et. al. **Social psychology of prejudice:** historical and modern perspectives on group competition. In. CRANDALL, Christian; SCHALLER, Mark. (Org.) Social psychology of prejudice: historical and contemporary issues. Lawrence: Lewinian Press, 2004.

GOMES, Patrícia Oliveira; OLIVEIRA, André Soares. **Os limites da liberdade de expressão:** fake news como ameaça à democracia. v. 20, n. 2, Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, maio/ago. 2019, p. 93-118.

GOMES, Wilson. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política**. v. 7, n. 3. São Leopoldo: Fronteiras: Estudos Midiáticos. set./dez. 2005, p. 214-222.

GONDIM, Sônia Maria Guedes; VEIGA, Luciana. **A Utilização de Métodos Qualitativos na Ciência Política e no Marketing Político**. v. 7, n. 1. Campinas: Opinião Pública, 2001, p. 1-15.

JOÃO, Catharine Black Lipp; REIS, Maurício Martins. **A polarização política brasileira e os efeitos (anti) democráticos da democracia deliberativa.** v. 5, n. 1. Goiânia: Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Jan/Jun. 2019, p. 1-22.

KOOPMANS, Ruud. **Movements and media**: Selection processes and evotuionary dynamics in the public sphere. Amsterdan: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 367-391.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada:** a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

PAULA, Luciane de; OLIVEIRA, Fábio Augusto Alves de. **A "nação" nas redes sociais e na política brasileira**. v. 10, n. 3, Fortaleza: Entrepalavras. p. 1-23, set.-dez./2020.

PIERRE, Lévy. **A inteligência coletiva:** por uma antropologia do ciberespaço. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiane. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2015.

SHERIF, Muzafer; HARVEY, O.J.; et al. **Intergroup conflict and cooperation:** the robbers cave experiment. Middletown: Wesleyan University Press, 1988.

SILVA, Rosane Leal da et al. **Discurso de ódio em redes sociais:** jurisprudência brasileira. São Paulo: Rev. Direito GV, jul./dez. 2011, p. 445-467.

TAJFEL, Henri. **Social psychology of intergroup relations.** v. 33. Palo Alto: Annual Review of Psycology, 1982, p. 1-39.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** a. 50, n. 200. Brasília: Revista de Informação Legislativa (RIL), out./dez. 2013, p. 61-80.

ATIVISMO JUDICIAL E A INTERFERÊNCIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Tatiane Lange [1]
Raquel Ribeiro [2]
Gilmar Bianchi [3]

RESUMO: O presente artigo visa a explanar, por meio de pesquisa bibliográfica e do método indutivo, o ativismo judicial e a interferência na separação dos Poderes no Brasil. A separação dos Poderes é princípio defendido pela Constituição Federal, de 1988, no Título IV, nominado como Organização dos Poderes, que trata sobre os Poderes e a Representação Nacional. Assim, o que a doutrina liberal clássica chama de separação dos Poderes, o constitucionalismo moderno denomina de divisão de tarefas estatais. Essa divisão de funções estatais serve para garantir um controle recíproco entre os diversos órgãos detentores do Poder, chamado de sistema de freios e contrapesos. Nessa estrutura organizacional como uma peça de controle surgiu o ativismo judicial, que apesar de possuir diversos significados doutrinários, no Brasil, o termo passou a ser utilizado como referência às decisões do STF que, pouco a pouco, acabam por ampliar o alcance da jurisdição constitucional, afastando-se das formas de atuação previstas.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Freios e contrapesos. Separação do Poder.

INTRODUÇÃO

A lei posta é clara e precisa: há três poderes da União que devem ser harmônicos e independentes entre si. É dizer: princípios basilares como a separação dos poderes são regras, pilares a serem respeitados pelas autoridades que fazem parte da máquina administrativa para que não se ceda ao instinto autoritário humano. Contudo, nem sempre esse instinto é suprimido, dificultando-se o alcance do objetivo constitucional de se promover o bem de todos num Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, o presente trabalho debruça-se, a partir de linhas constitucionais, nos direitos e garantias fundamentais, sobre a análise da interferência do ativismo judicial na esfera da harmonia, independência e da própria separação dos poderes.

Para isso, com base numa revisão bibliográfica, utilizando o método hermenêutico, busca-se promover um debate acerca do ativismo judicial e suas consequências.

[1] Acadêmica do 6º Semestre de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus Erechim- RS. E-mail: 095425@aluno.uricer.edu.br

[2] Acadêmica do 6º Semestre de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus Erechim- RS. E-mail: 094580@aluno.uricer.edu.br

[3] Professor da URI-Erechim. Graduado pela UPF. Especialista pela UFSM, Mestre pela UFSC E-mail: gilmar.bianchi@hotmail.com.

Justifica-se o estudo, pois é de fundamental importância a sua análise, para discutir no meio acadêmico acerca desse fenômeno jurídico exercido pelo Poder Judiciário que vem interferindo nas relações entre o Poder. Portanto, torna-se oportuna e muito importante a realização dessa pesquisa.

SEPARAÇÃO DO PODER

De acordo com a ciência política (Diniz-1998, p. 615-6), poder pode ser conceituado como a "infraestrutura dinâmica das instituições sociopolíticas'' ou a ''capacidade de alcançar resultados por meio de ação planejada; produto da mobilização de elementos de apoio".

O Poder do Estado, que, de acordo com a classificação de Max Weber (1991), pode ser definido como poder legal, exercido num contexto bipolar e desigual para com o seu povo. Assim sendo, foi necessário que se criassem mecanismos para que os seus detentores e executores cumpram o objetivo constitucional de promover o bem de todos, com o foco de inibir a tendência humana para o autoritarismo e a concentração de poder.

Como bem observado por Carvalho (2009, p. 40), "é comum atribuir-se a autoria e primeira referência à teoria da separação de poderes à Montesquieu." Todavia, Ives Gandra da Silva Martins (apud Moraes, 2007, p. 385-387), referindo-se ao Direito e à Filosofia na antiguidade, apontou que a forma de organização do Estado Moderno se sustenta nos apontamentos da filosofia helenística:

> O que Locke e a Inglaterra ofereceram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Russeau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes e Montesquieu, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, pós a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas.

Inobstante possa se admitir que o sistema de tripartição de poderes se baseie na ideia de separação de funções aristotélica, deve-se considerar que o modelo atual se encontra muito mais aprimorado e funcional que o proposto na antiguidade clássica.

E é justamente por sua funcionalidade e eficiência que foi adotado e instituído por

diversos Estados, através de seus respectivos textos constitucionais. Como exemplos, Carvalho (2009, p. 51), apresenta:

> A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, considerada a primeira constituição escrita, a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1793, ícones do constitucionalismo moderno clássico, nasceram sob a inspiração de tal ideário, adotando entre seus preceitos a separação de poderes, que nesse momento não constituía apenas doutrina política, mas ganhava o status de princípio jurídico.

O ideal separatista esteve presente também nas Constituições brasileiras. Aduz o Terceiro Título da Constituição Política do Império Do Brazil [sic], datada de 1824:

> TITULO 3º
> Dos Poderes, e Representação Nacional.
> Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.
> Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.
> Art. 11. Os Representantes da Nação Brazileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.
> Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação. [sic] (BRASIL, 1824).

Observa-se que na vigência desse texto foram reconhecidos quatro poderes políticos: O poder Executivo, que contava com amplos poderes e era uma prerrogativa do monarca, cuja chefia seria exercida através dos seus ministros de Estado, sendo a sua figura inviolável e sagrada (BRASIL. Constituição (1824), art. 99), o poder Legislativo, que organizava-se em duas câmaras, a de Deputados e o Senado, o Poder Judiciário, que era composto pelos juízes de direito, jurados, relações provinciais e o Supremo Tribunal de Justiça, além dos juízes de paz, (BRASIL. Constituição (1824), art. 151 e 163) e, por fim, o Poder Moderador, que conferiu ao imperador um importante instrumento que lhe permitia intervir em caso de conflitos interinstitucionais, assegurando sua preponderância sobre os demais poderes.

Já na Constituição de 1891, o poder moderador foi extinto no Brasil, introduzindo-se no país o modelo tripartido clássico. A respeito da atual configuração, convém citar o observado por Ham (2005, p. 27):

> Com o advento da Constituição Federal de 1988, a relação entre os poderes no Brasil ganhou outros contornos, principalmente com as novas atribuições legislativas conferidas ao Executivo. A criação do instituto das Medidas Provisórias deu ao presidente da República um novo instrumento legislativo, competindo-lhe editá-las com força de lei, em casos específicos e

> segundo alguns pressupostos. Esta faculdade de intervenção legislativa vem alimentando ainda mais a discussão sempre acalorada e atual no meio científico a respeito da relação entre os poderes[...]. A extrapolação no uso daquelas normas pode facilmente acarretar na tirania de um poder sobre os demais poderes, sobre as demais instituições e sobre o povo, resultando em graves danos ao denominado Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, no ano de 1934, foi promulgada nova Constituição Federal no Brasil - denominada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 - que possuía amparo ideológico na Constituição alemã de 1919 e na Constituição espanhola de 1931. A Constituição de 1934 também buscou a defesa e promoção da separação de poderes. Tanto é que, em seu art. 3°, caput, dispunha que "são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os poderes legislativo, executivo e judiciário, independentes e coordenados entre si.".

O referido art. 3° trouxe, além da expressão "independentes", também a expressão "coordenados entre si". A coordenação dos poderes, abordada pela Constituição de 1934, atribuía ao Senado Federal a função de coordenar os poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência (art. 88).

De acordo com SOUZA (2008, pg. 18) a Constituição de 1934 acabou atribuindo ao Senado Federal, um papel semelhante ao desempenhado pelo poder moderador, durante o regime imperial, "desordenando", de certo modo, a separação de poderes.

Cumpre referir que, ao contrário da Constituição de 1891, o texto constitucional de 1934 previa a cláusula de inacumulabilidade de funções em seu art. 3°, § 2° além da proibição expressa de delegação de funções (art. 3°, § 1°).(BRASIL, 1891).

Ainda, durante a Era Vargas, quando da publicação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, que foi editada visando conferir uma aparência de legalidade ao Estado Novo, ocorreu o maior descaso à teoria da separação de poderes.

Diz-se isso porque diferentemente dos textos constitucionais anteriores, a Constituição de 1937 não previa, expressamente, o princípio da separação de poderes. Além disso, a referida Constituição conferia extensos poderes ao Presidente da República, "autoridade suprema do estado", como era tratado na Constituição.

Diante de tal tratamento, o Presidente da República detinha inúmeras autorizações para legislar (arts. 12 a 14), e, quando entendendo necessária ao bem-estar do povo ou à promoção/defesa de interesse nacional, tinha o direito de submeter novamente ao Parlamento determinada lei declarada inconstitucional, que, por sua vez, poderia afastar os efeitos da decisão do Tribunal, por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras (art. 96, parágrafo único).

Observando a forma como os Poderes foram tratados pela Constituição de 1937, é nítida ausência de equilíbrio entre eles. O poder Executivo era fortalecido em detrimento dos poderes Legislativo e Judiciário. Tal situação acabou se distanciando-se muito da teoria clássica da separação de poderes.

Após a queda do governo de Getúlio Vargas, surgia um novo texto constitucional, tal seja, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, que trouxe consigo o princípio da separação dos poderes, ao dispor, em seu art. 36, que "são poderes da União o legislativo, o executivo e o judiciário, independentes e harmônicos entre si." (BRASIL, 1946).

Tal texto constitucional, "fruto do movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no País" (LENZA, 2015, pg. 294), buscou restabelecer a harmonia entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário, reduzindo, para tanto, o extenso rol de poderes atribuídos ao Executivo como previsto na Constituição de 1937.

Haja vista tais mudanças, o texto constitucional de 1946, tratou de retirar a possibilidade de o Presidente da República submeter novamente ao Congresso Nacional determinada norma declarada inconstitucional, já que, em verdade, tal situação correspondia a um atentado ao poder Judiciário e à estrutura de poderes como um todo.

Do mesmo modo que algumas constituições anteriores, a Constituição de 1946 trouxe, também, a cláusula de inacumulabilidade de funções, afirmando que o cidadão investido na função de um dos poderes não poderia exercer a de outro.

Certo é, que a Constituição de 1946 buscava restabelecer a democracia, aprimorando o equilíbrio entre os poderes. No entanto, ainda na vigência deste texto constitucional, os militares destituíram o então Presidente João Goulart e assumiram o governo, dando início ao regime militar, a Constituição da época, coma expedição de vários atos institucionais, espécie normativa criada pelas chefias do Exército, Marinha e Aeronáutica, com força de modificá-la.

Após alguns anos de regime militar, os militares buscaram editar um novo texto constitucional, advindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

Tal constituição, na prática, não possuía um equilíbrio entre os poderes, mas, sim, uma prevalência do executivo, sobretudo após a Emenda Constitucional 1/1969, quando as hipóteses de cabimento de decreto-lei foram significativamente ampliadas (SOUZA 2008, pg. 22), em que pese tenha estabelecido, em seu art. 6°, que "são poderes da União, independentes e harmônicos, o legislativo, o executivo e o judiciário".

Cabe destacar que desde a Constituição imperial até a Constituição de 1967, observam-se inúmeros "traços" e "elementos" da teoria de Montesquieu. Apesar disso, é evidente que cada um dos textos constitucionais cuidou da separação dos poderes ao seu modo, apresentando, em todos os casos, alterações substanciais em relação à estrutura de poderes clássica idealizada pelo filósofo francês.

Necessário destacar que a Constituição vigente versa, em seu Segundo Artigo, que os poderes da União, legislativo, executivo e judiciário, serão harmônicos e independentes entre si. Nesse sentido, é importante que se entenda que a harmonia supracitada trata da cooperação para que se garanta a vontade da União. Em contrapartida, o termo "independentes" traduz a ausência de subordinação ou hierarquia.

SISTEMA DE FREIOS E CONTRA PESOS

Segundo Ham (2005, p. 12), "a tirania é resultado previsível em uma estrutura política em que determinada instituição pode se sobrepor às demais". Nesse sentido, compreende-se que um Estado democrático tende a buscar um equilíbrio, pois, quando um dos Poderes se engrandece, instalam-se o despotismo e a ditadura. Assim, infere-se que a tripartição de poderes num Estado Democrático busca afastar a tendência humana para o autoritarismo e a concentração de poder.

Todavia, de acordo com Rousseau, o poder soberano é uno, ou seja, indivisível. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos Poderes, o constitucionalismo moderno chama de divisão de tarefas estatais. Essa divisão de funções estatais deveria servir para garantir um controle recíproco entre os diversos detentores do Poder. E esse controle é chamado de sistema de freios e contrapesos.

Fischer (1998, p. 5) busca destacar a diferença entre o sistema de separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos:

> Dois princípios, aparentemente irreconciliáveis, operam lado a lado:(I) a separação de poderes e (II) o sistema de *checks and balances*. Longe de serem contraditórios, eles completam e auxiliam um ao outro. Uma instituição não pode checar a menos que tenha alguma medida de independência, e não pode ter independência sem o poder para checar.

Complementarmente, Grohmann (2002, n.p.) alude que:

> A separação de poderes é percebida como independência entre duas partes. Isso significa que uma parte com formas de existência que não dependem da outra dispõe de poderes próprios, os quais, para serem empregados, não necessitam de sanção de qualquer outro. Já o sistema de freios e contrapesos significa que uma parte tem o poder de verificar as ações da outra, checar e balancear, e, ainda, bloquear ou obstaculizar as ações da outra. A questão contida na construção da armadura institucional do sistema de governo é como estabelecer o equilíbrio entre ter poderes independentes e autônomos e a capacidade de circunscrever o outro.

Assim sendo, percebe-se a importância de ambos os sistemas para a manutenção de qualquer sistema democrático, uma vez que, por esse sistema, os poderes estatais exercem

controle recíproco entre si, ou seja, a cada Poder é atribuída não somente uma competência própria e originária, mas também o dever de controle sobre todas as funções do Poder.

Nesse convívio de Separação do Poder e Sistema de Freios e Contrapesos, num Estado democrático, o ativismo judiciário ocupa expressivo espaço, especialmente envolvendo as decisões sobre matéria constitucional.

ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em 1947, por Arthur Schlesinger, num artigo na revista Fortune, com o fito de descrever a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da Americana, baseado na sua composição daquela época. Contudo, atualmente, o termo ativismo judicial é uma expressão polissêmica, dotada de vários significados.

Segundo Keenan Kmiec (2004, p. 1441-1477), pode-se atribuir cinco sentidos diferentes ao termo ativismo judicial. O primeiro diz respeito aos casos em que ocorre a anulação de ato normativo, tanto do Executivo quanto do Judiciário.

Num segundo sentido, o ativismo judicial trata de atitudes de tribunais que se afastam de determinados precedentes que deveriam respeitar, passando a adotar uma visão própria do Direito.

O terceiro sentido, diz respeito ao momento em que ao invés de o Judiciário se encarregar de julgar, ele passa também a legislar. De acordo com Continentino (2012, n.p.), "Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criam direito novo, a pretexto de interpretá-lo".

O quarto sentido é visível quando, havendo uma metodologia aceita para interpretação, o tribunal se afasta dessa e procede de forma totalmente diversa.

O quinto sentido atribuído por Kmiec ocorre quando a decisão acaba por se afastar do que seria considerado razoável em razão de algum motivo finalístico.

Continentino (2012, n.p.) cita como exemplo, de tal sentido atribuído por Kmiec, o seguinte:

> A Suprema Corte fixa a interpretação constitucional sobre uma matéria, e os juízes e os tribunais devem segui-la. Se as cortes inferiores ou juízes não se submeterem ao precedente, a resistência representaria o ativismo judicial. O ativismo judicial, portanto, decorreria da não aderência às interpretações anteriormente perfilhadas, sem uma justificativa plausível ou razoável. Não aplicar o precedente equivaleria a não aplicar o direito preexistente; isto seria o mesmo que julgar conforme a própria conveniência e subjetividade, ao sabor das circunstâncias.

O ativismo judicial e a judicialização são termos que por vezes podem ser interpretados como sinônimos, mas que, na verdade, são distintos. A judicialização é fato que decorre do próprio modelo constitucional adotado, no qual cabe ao Judiciário tomar determinadas decisões, não lhe sendo uma escolha. Ao contrário disso, o ativismo judicial é uma escolha do Judiciário para interpretar de forma proativa a Constituição, de modo que seu sentido e alcance acabam por ser ampliados e expandidos.

No Brasil, o termo passou a ser utilizado como referência às decisões do STF que, pouco a pouco, acabam por ampliar o alcance da jurisdição constitucional, afastando-se das formas de atuação previstas.

Cita-se, como exemplos do posicionamento ativista do Judiciário no Brasil, em que a Constituição foi aplicada diretamente a situações que não estão contempladas expressamente em seu texto:

> O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa. Outro exemplo, agora de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição: o caso da verticalização. O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea. É possível incluir nessa mesma categoria a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam cláusula de barreira, isto é, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral. (BARROSO, 2009, p. 8)

Com base nesses exemplos, o referido autor vê um lado positivo no fenômeno do ativismo judicial, sob o argumento de que o Judiciário acaba melhor atendendo as demandas da sociedade que não são satisfeitas somente pela atividade do Parlamento. (BARROSO, 2009).

Outra situação, considerada fruto do ativismo judicial, aponta-se à mudança de agenda do Legislativo para o Judiciário, quando se realizou: “as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal

Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei". (BARROSO, 2009, p. 10).

ATUAÇÃO JUDICIAL, ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

De pronto, evidencia-se que a relação entre ativismo judicial e o princípio da Separação dos Poderes, atualmente, é muito intensa, este por ser basilar no Estado de Direito, e aquele por se identificar com o sistema de freios e contrapesos.

A atuação do Poder Judiciário é necessária e agregadora na construção do Estado Democrático. Nesse sentido, cabe citar:

> Certo é que, quanto mais democrático o Estado, mais atuante o poder judiciário – em regimes ditatoriais, o poder executivo é preponderante; o legislativo, às vezes, até inexistente; o judiciário, subordinado. Consequência indissociável do processo de redemocratização brasileira desde o marco da Constituição/88 é, portanto, a gradativa institucionalização do controle judicial dos atos dos demais poderes. Não obstante, se um judiciário passivo é deletério aos interesses dos indivíduos e da sociedade como um todo, um judiciário ativista é também prejudicial. (TOLEDO, 2018, n.p.).

Todavia, um Judiciário atuante não deve ser confundido com um Judiciário ativista. Um Judiciário atuante se reveste de sua missão constitucional de promover a Justiça e o bem de todos. Já o ativista vai além de suas funções e adentra no Poder Legislativo. A questão está na atuação adequada, em cumprimento aos princípios intrínsecos à Separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos.

Na hipótese do Judiciário ativista, Barroso (2009) trouxe três objeções à judicialização e, principalmente, ao ativismo judicial. A primeira delas diz respeito aos riscos que o ativismo judicial traz à legitimidade democrática, haja vista que os membros do Poder Judiciário não são eleitos e, quando invalidam os atos dos outros dois Poderes, exercem um poder político, adquirindo, forçosamente, legitimidade para invalidar atos daqueles que foram popularmente eleitos. A segunda crítica reside na politização da justiça.

Por fim, a terceira crítica exposta pelo autor diz respeito à capacidade institucional do Judiciário e seus limites. No tocante à capacidade institucional, a crítica reside no fato de que o Judiciário está menos habilitado para tomar determinadas decisões sobre certas matérias que exigem interpretações mais técnicas e conhecimentos científicos.

> Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas,

> normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. (BARROSO, 2009, pg. 16).

Um segundo ponto levantado pelo autor, diz respeito aos efeitos sistêmicos. Nesse caso, os magistrados, pelo seu treinamento, estão preparados para realizar a justiça dos casos concretos que lhe são apresentados. (BARROSO, 2009). Por tal fato e até levando em conta a impossibilidade da existência de um Juiz Hércules (Dworkin, 2007), o Juiz nem sempre vai dispor das informações, tempos e conhecimentos para avaliar o impacto que determinados decisões vão ter sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Além disso, também é apontado o fato de que o julgador não é passível de responsabilização política por escolhas desastradas, como exemplo, cita-se o caso emblemático envolvendo o setor de saúde:

> Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. (BARROSO, 2009, p. 16).

Levando-se em conta o que foi observado, é possível afirmar que o ativismo judiciário é distinto do ativismo judicial. O primeiro decorre do exercício da função jurisdicional prevista na Constituição Federal, alicerçado no princípio da celeridade. O segundo, é fruto da interpretação das normas constitucionais, visando o reconhecimento e a inclusão das pessoas no direito.

Focando no ativismo judicial, constata-se que é visto como um instrumento da construção do Estado democrático. Nessa seara recebe elogios, por alargar o processo de inclusão social, e críticas por facilmente invadir as funções típicas decorrente da origem e do modelo estruturante do Poder Estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, nota-se que a premissa básica que norteia as discussões acerca do ativismo judicial, reside na questão da separação dos poderes, pois é o princípio constitucional que sofre grande impacto do ativismo judicial, provocando desconforto na independência e na harmonia entre eles.

Desde a Constituição de 1891 é mantida a estrutura de separação de poderes e ao longo das diversas constituições brasileiras, apesar de se manter, na teoria, a separação dos poderes, na prática, ocorriam diversas interferências entre os próprios poderes, épocas em que o executivo interferia nas demais esferas, até o atual momento, em que se discute a interferência do judiciário nos demais poderes, em especial no legislativo.

De qualquer modo, o ativismo judicial possui duas faces, positiva e negativa. Se por um lado o ativismo judicial tem importante papel na medida em que o Judiciário, por meiodo exercício de uma jurisdição proativa, acaba melhor atendendo as demandas da sociedade que não são satisfeitas somente pela atividade do Parlamento, por outro, ele acaba por ferir a estrutura de separação dos poderes, constitucionalmente defendida, interferindo, assim, na construção do estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Silvana Mota. ***A sphinge monárquica*: o poder moderador e a política imperial.** 2001. 414 p. Tese (Doutorado) – UNICAMP. Campinas, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2021.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. ***História constitucional do Brasil*.** Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Politica do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível emhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 09 de agosto de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 09 de agosto de 2021.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo**: elementos para uma abordagem crítica. [*S. l.*], 2009. Disponível em: http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/21/20. Acesso em: 9 ago. 2021.

CARVALHO, José Murilo. ***A Construção da Ordem/Teatro de Sombras***. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ/Relume Dumará, 1996. 2.a ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial. Proposta para uma discussão conceitual.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 49, n. 193, p. 141-149, jan/mar 2012. p. 143.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** vol, 3, São Paulo: Saraiva, 1998. p. 615-6.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FISCHER, L. 1998. **The Politics of Shared Power**: Congress and the Executive. Texas (College Station) : The Texas University Press.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas:: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, [s. l.], 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/zKJkXJRKhHLVFw3tkGmDCSb/?lang=pt. Acesso em: 12 ago. 2021.

HAM, Jocemar Van Der. Freios e Contrapesos: A edição de medidas provisórias e a relação entre os poderes no Brasil. **Monografia de Especialização**, Santa Maria-RS, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2122/Ham_Jocemar_van_der.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2021.

KMIEC, Keenan. **The origin and current meaning of "judicial activism".** Disponível em https://www.researchgate.net/publication/254556619_The_Origin_and_Current_Meanings_of_Judicial_Activism. Acesso em 12.08.2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824)**. Dados, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, Sept. 2005. Disponível em: <https://goo.gl/A4ADWi>. Acesso em: 20 mar. 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2007, pp. 385-387.

MATTOS, Ilmar. ***O Tempo Saquarema***. São Paulo: Hucitec; Brasília: INL, 1987.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes**: descumprimento de ordens judiciais. Fortaleza: 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 1. 58º Edição. Rio de Janeiro- RJ : Editora Forense LTDA, 2017.

TOLEDO, Cláudia. **Sistema de Freios e Contrapesos**: a difícil medida entre ativismo e

omissão judicial. 2018. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/sistema-de-freios-e-contrapesos-a-dificil-medida-entre-ativismo-e-omissao-judicial. Acesso em: 12 ago. 2021.

POSSIBILIDADE DE VACINAÇÃO COMPULSÓRIA: COVID-19 E O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E À LIBERDADE

Paula Ongaratto Trentin[1]
Gilmar Bianchi[2]

RESUMO: Trata o presente artigo da possibilidade de vacinação compulsória contra a Covid-19. Justifica-se a realização da pesquisa tendo em vista a relevância que o instituto possui no meio social, porquanto possui o condão de restringir direitos fundamentais individuais. Em um primeiro momento, busca-se apresentar o conceito, o histórico e a importância da vacinação, para em seguida, distinguir a obrigatoriedade da compulsoriedade. Na sequência, analisam-se os direitos à integridade física e à liberdade, ponderando-os em face dos direitos à vida e à saúde coletiva. Por fim, apresenta-se a problemática em aspectos práticos, por meio da análise do entendimento firmado pelo STF. Ocasião em que se verifica que os direitos individuais afetados pela compulsoriedade da vacinação cedem frente ao direito à saúde coletiva e à vida de terceiros. Todavia, vê-se que não pode se sustentar a obrigatoriedade, mas a compulsoriedade da vacinação por meio de medidas administrativas, civis e penais, que estimulem os indivíduos a aderir à vacinação. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos, a legislação e a jurisprudência brasileiras.

Palavras-chave: Cultura de imunização. Lei nº 13.979/2020. Ponderação de direitos. Vacinação obrigatória.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma breve reflexão sobre a possibilidade de vacinação compulsória, tendo em vista a pandemia de Covid-19 vivenciada nos dias atuais. Justifica-se a realização da pesquisa ante a relevância do instituto discutido no meio social, porquanto é alvo de questionamentos atualmente frente à corte constitucional brasileira, em virtude de se encontrar em contraposição a alguns direitos fundamentais elencados na carta constitucional brasileira.

Em um primeiro momento, conceitua-se a vacinação, para, na sequência, realizar um breve apanhado histórico acerca da vacinação no Brasil, com destaque para a Revolta da Vacina. Em seguida, analisa-se a importância da vacinação em massa da população para a obtenção da imunidade de rebanho, bem como, distingue-se a obrigatoriedade da compulsoriedade da vacinação.

[1] Acadêmica em Direito, do 10º semestre do Curso de Direito da URI, Câmpus de Erechim. *E-mail*: Paula_trentin@hotmail.com.

[2] Professor. Mestre pela UFSC. Graduado em Direito pela UPF, especialista pela UFSM. *E-mail*: gilmar.bianchi@hotmail.com.

Posteriormente, conceituam-se e caracterizam-se o direito à integridade física ou corporal e o direito à liberdade, em sentido amplo. Na sequência, realiza-se um contraponto desses direitos frente o direito à vida e o direito à saúde coletiva, utilizando do sistema de ponderação de princípios, criado por Robert Alexy, para se chegar aos princípios que preponderam no caso em análise.

Ao fim, apresenta-se a problemática em nível prático, momento em que se analisa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587 e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879, que versam sobre a temática, momento em que se analisa quais direitos fundamentais preponderarão.

Ressalta-se que na formulação do presente artigo é utilizado o método indutivo, haja vista a inexistência de uma premissa geral sobre a temática, sendo esta formulada a partir das circunstâncias que se analisa. Destaca-se que os recursos empregados foram exclusivamente bibliográficos, tendo como principais fontes livros, artigos, a legislação e a jurisprudência brasileiras.

VACINAÇÃO: CONCEITUAÇÃO, ANÁLISE HISTÓRICA, IMPORTÂNCIA E OBRIGATORIEDADE

Trata-se a vacinação, segundo o Ministério da Saúde Brasileiro, da "administração de vacinas (substâncias preparadas) para a estimulação da resposta imunológica com a finalidade de prevenir doenças em uma população" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, s.p.).

Analisando historicamente o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o país se valeu por inúmeras vezes de medidas compulsórias de vacinação, tidas como instrumentos para a realização do dever estatal de proteção à saúde pública. Dentre elas cabe destaque a vacina contra a varíola, declarada obrigatória para crianças em 1837 e para adultos em 1846 (LIMA, 2021).

Inobstante a legislação proclamasse a obrigatoriedade da vacina, a determinação não foi cumprida de forma efetiva, o que culminou na execução do plano de ação projetado por Oswaldo Cruz, então Diretor-Geral de Saúde Pública, em 1904. Após o envio ao Congresso Nacional de um novo projeto de lei, que reforçava o conteúdo dos decretos anteriormente editados, dispondo que a vacinação seria obrigatória em todo o território nacional, passou-se à execução do plano de contingência da varíola (LIMA, 2021).

Contudo, tal plano não contemplava apenas a vacinação, mas também um projeto sanitário e urbanístico para a cidade do Rio de Janeiro. Tendo ciência do descontentamento popular, montada campanha de vacinação em moldes militares, sendo a cidade dividida em distritos e criada uma polícia sanitária para fins de desinfetar casas, caçar ratos e matar mosquitos. Em razão da obrigatoriedade da vacinação a polícia sanitária entrava nas casas e vacinava as pessoas à força, situação que gerou repulsa e revolta na população, visto que

grande parte dos cidadãos desconhecia e temia os efeitos da injeção daquela combinação de líquidos no corpo humano (PORTO, 2003).

Somado a isso, executou-se concomitantemente o plano de saneamento e de remodelação urbana projetado pelo presidente Rodrigues Alves, que decidiu modernizar a cidade com base na arquitetura francesa e tomar medidas drásticas no combate a epidemias. Desse modo, cortiços e casebres localizados nos bairros centrais foram demolidos e substituídos por grandes avenidas e pelo alargamento de ruas. A população que ali residia foi desalojada e teve de se abrigar em barracos nos morros ou em bairros distantes da periferia (PORTO, 2003).

Nesse ínterim, oposicionistas e a imprensa se posicionaram contrariamente as medidas autoritárias adotadas pelo governo federal, culminando a indignação popular na formação de um motim em 11 de novembro de 1904, popularmente conhecido como a Revolta da Vacina. Nessa ocasião carroças e bondes foram tombados e incendiados, lojas foram furtadas, postes de iluminação destruídos. A polícia passou a disparar contra a população e durante uma semana as ruas do Rio de Janeiro visualizaram uma guerra civil que deixou 23 mortos, 67 feridos e 945 presos (PORTO, 2003).

Vê-se que a resistência à vacinação, considerada isoladamente, ocorreu em virtude da disseminação de notícias pela oposição, em especial no jornal intitulado Correio da Manhã, e pela existência de inúmeras dúvidas da população acerca de como ocorria a imunização e como se dava sua aplicação (SOUZA, 2019).

A oposição do governo utilizou-se do jornal para veicular textos e notícias acerca da aplicação truculenta da vacina, gerando medo e indignação na população. Alegavam que a polícia sanitária poderia ingressar na residência e aplicar a vacina em seus moradores à força, violando suas liberdades individuais. Além disso, disseminavam os perigos reais, até então conhecidos, e até mesmo imaginários da vacina, no intuito de gerar a revolta da população. Mas, foi o argumento moralista que enfim teve o condão de gerá-la, a exploração da ideia de homens invadindo o lar e ofendendo a honra do chefe de família que estava ausente, ao obrigar suas filhas e sua esposa a se desnudarem perante estranhos (SOUZA, 2019).

Ademais, tal resistência também foi fundada no desconhecimento acerca da vacina, visto que o governo sequer cogitou realizar uma preparação psicológica da população, a qual deveria postar-se em estado de submissão incondicional, na concepção do governo. Assim, o desconhecimento, somado às meias verdades propaladas pelo Correio da Manhã, que afirmava que as intervenções políticas na saúde ocorriam apenas nas classes inferiores, tendo a classe alta restado isenta da vacinação e da renovação urbanística do Rio de Janeiro, culminou no crescente descontentamento popular e na já referida Revolta (SOUZA, 2019).

Contudo, com o passar dos anos e com o surgimento de novas vacinas, como a contra a febre amarela, contra a tuberculose, contra a poliomielite, dentre outras, acompanhadas do devido esclarecimento científico para a população, a convivência da sociedade com as vacinas e seus possíveis benefícios passou a ser pacífica. Assim, a oferta gratuita de vacinas

à população, somada a erradicação de doenças do território nacional, fortaleceu a cultura da imunização, passando a população a demandar a imunização possibilitando que o governo realize políticas públicas mais efetivas e voltadas à medicina preventiva (HOCHMAN, 2011).

A resistência em regra é inspirada em experiências de inadequação ou de fracasso, assim, com a produção de vacinas eficazes aplicadas adequadamente passa-se para a aceitabilidade, que representa a retomada no equilíbrio da relação entre indivíduo e ciência médica. Essa mudança implica na vontade de prestar atenção à vigilância do público, esclarecendo incidentes e acidentes envolvendo vacinas, dando ao médico e ao indivíduo o processo de experimentação (MOULIN, 2003).

Nesse toar, vê-se que se justifica eticamente a restrição dos direitos individuais em benefício dos interesses da coletividade, visto que a vacinação massificada da população, após a realização de testes, a aprovação pela Anvisa, e a disposição da plena informação à população, é aceitável e até mesmo impõe-se em certo ponto. Tal exegese é extraída a partir da necessidade de controle de doenças epidémica, em especial as mais graves, situação que só é possível após a ocorrência da imunização de rebanho ou da erradicação da doença por meio da imunização. Assim, pode-se afirmar que o interesse social pela proteção coletiva é considerado mais importante que a imunidade individual, considerando que quanto mais indivíduos forem vacinados maior será a imunidade coletiva, tratando-se, em verdade, de ato de solidariedade social (LESSA; SCHARAMM, 2015).

Todavia, nem sempre o civismo imunológico prospera, como foi o caso da epidemia da gripe suína em 2009 e é, atualmente, na epidemia de Covid-19. Em ambos os casos se verifica a existência de desconfianças sobre a vacina e sobre a campanha de vacinação, inobstante a população possua acesso a uma variada gama de informações (HOCHMAN, 2011).

Assim, verifica-se que:

> Uma medida obrigatória e preventiva deve dispor de argumentos fortes se quiser evitar a impressão de arbitrariedade A vacinação tem sido incansavelmente apresentada como sendo a solução global para o problema das epidemias e das doenças infecciosas, mas basta uma única vacina ser vista como ineficaz ou perigosa ou mesmo apenas suspeita para que o edifício inteiro vacile (MOULIN, 2003, p. 508-509).

Ademais, verifica-se a recente ocorrência de um movimento antivacinação nas famílias de classe alta no Brasil, que não vacinam seus filhos sob o pretexto que: a doença já está eliminada/controlada no Brasil ou é leve; a vacina pode gerar efeitos adversos graves a médio e longo prazo; substâncias que fazem parte das vacinas (alumínio, mercúrio, etc.) e seus mecanismos de ação não são adequados; a imunidade gerada pela doença é melhor e mais duradora que a da vacina; a idade precoce de vacinação e o levado número de vacinas administradas ao mesmo tempo; as doenças acometem em geral crianças com condições

socioeconômicas e estilo de vida inferior; o ganho financeiro e o interesse comercial das indústrias farmacêuticas (BARBIERI; COUTO, 2015).

Tal comportamento, motivado em grande parte por *fake news* (CASTIEL; VASCONCELLOS-SILVA, s. data), além de violar a legislação pátria, podendo os pais e responsáveis responder judicialmente pela sua conduta, implica em diminuição da taxa de cobertura vacinal, facilitando que doenças infecciosas graves, até então controladas ou erradicadas, ressurjam, como foi o caso do sarampo e da coqueluche (MEDEIROS, 2019).

DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E À LIBERDADE: PONDERAÇÃO

No plano internacional, o direito à integridade física, e também psíquica, não se encontra declarado expressamente, todavia, resta implícito na Declaração do Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da Europa (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 também não dispôs expressamente o direito à integridade pessoal ou a integridade física ou corporal, o que não significa que esse não seja alvo de reconhecimento e proteção constitucional. Embora seja conectado ao direito à vida, não se confunde com esse, sendo necessária uma análise sistemática do bloco de constitucionalidade para se chegar a uma definição legal. Salienta-se que a adoção dessa perspectiva mais ampliada se trata de uma opção legislativa, e justifica-se em razão de sua função na mantença da dignidade da pessoa humana (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

Desse modo, o direito à integridade corporal abarca situações que dizem respeito a intervenções na estrutura física e psíquica da pessoa humana que não coloquem em risco a sua vida. Assim, é garantida a inviolabilidade da pessoa contra toda e qualquer intervenção que careça de consentimento do titular. Nessa linha, aproxima-se da proibição da tortura, de tratamentos desumanos e degradantes e de penas cruéis, bem como, do direito à segurança, à intimidade e à saúde (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

Na condição de direito subjetivo atua como direito de defesa, garantindo que seu titular, qualquer pessoa física, não seja agredido ou ofendido em sua integridade física ou psíquica, pelo Estado ou por terceiros. Garante ainda a liberdade de decidir sobre eventuais intervenções, não podendo o Estado intervir no livre consentimento expresso pelo titular do direito. Em sua dimensão positiva e objetiva, por sua vez, exige o préstimo de atividades e serviços pelo Estado, como são os casos do serviço de saúde e da regulamentação sobre transplantes e doação de órgãos (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

Em que pese seja considerado um direito personalíssimo e refração da dignidade da pessoa humana, o que o tornaria irrenunciável, a doutrina majoritária admite a autolimitação nos casos em que ocorra o consentimento do titular ou seja necessária

intervenção médica. Também são admitidas intervenções excepcionais impostas pelo legislador ou por ato administrativo, ou ainda judicial, mesmo que não obtida concordância do titular, à exemplo da vacinação compulsória e da realização de tratamento médico não consentido (transfusão sanguínea) (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

O direito à liberdade, por sua vez, encontra-se disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, consistindo em um direito fundamental com particular relevância no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não se exaure nos direitos de liberdade específicos, abrangendo um direito geral de liberdade. Em que pese a Constituição Federal abarque os direitos de segunda, e até mesmo de terceira, geração, verifica-se que o principal dos direitos de primeira geração continua a ser resguardado, consubstanciado como inviolável e garantidor do Estado Democrático de Direito (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

Assim, verifica-se que inobstante sejam elencadas diversas espécies de liberdade ao longo do texto constitucional, é admitida a existência de um direito geral à liberdade, nos moldes preconizados pelo artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesse contexto, esse direito atua como "uma espécie de cláusula de abertura constitucional para liberdades fundamentais especiais não nominadas" (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021, p. 217).

Funciona, desse modo, como um princípio geral de interpretação e de integração das liberdades explícitas e implícitas no bloco constitucional, podendo dessa cláusula geral derivar liberdades que não constam no texto constitucional ou nos tratados internacionais sobre a matéria. Além disso, permite que o indivíduo tenha garantido o poder de ação ou de omissão da manifestação de suas vontades e preferências, que a princípio não se encontram resguardadas na legislação (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

> [...] percebe-se também o lugar de destaque que a liberdade, na condição de valor, princípio e direito (mas também como dever), ocupa na arquitetura jurídico-constitucional e política brasileira, construída em torno e com base da noção de um Estado Democrático de Direito, com o qual guardam conexão direta o direito geral de liberdade, os direitos especiais de liberdade (incluindo as liberdades políticas e sociais) e os demais direitos fundamentais (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021, p. 218).

Assim, a liberdade concedida aos indivíduos poderá expressar-se de forma negativa, por meio da prerrogativa de não fazer algo, salvo se imposto por lei, e positiva, por meio da prerrogativa de fazer algo sem que lhe seja imposto qualquer impedimento, salvo os legalmente previstos, sendo, portanto, regida e limitada pelo princípio da legalidade (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

Tem-se que a vacinação compulsória na pandemia de Covid-19, atualmente vivenciada, violaria esses direitos, todavia, verifica-se que seu resguardo implicará em violação ao direito à saúde coletiva e, eventualmente, à vida de terceiros.

Na concepção coletiva tem-se que o direito à saúde é de todos e dever do Estado, que será garantido por meio de políticas públicas que reduzam o risco de doenças e do acesso universal e igualitário à serviços e ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Destaca-se que em sua vertente negativa, esse direito implica em abstenção do Estado e dos particulares na prática de atos que prejudiquem terceiros (LENZA, 2021).

O direito à vida, por sua vez trata-se do direito de continuar vivo e de ter uma vida digna em relação à subsistência, cedendo apenas no caso de pena de morte (artigo 84, inciso XIX, da CF) e do aborto ético ou humanitário (MORAES, 2021).

Nessa senda, verifica-se a ocorrência de uma colisão de princípios. Ante a impossibilidade de conciliação entre eles, parte-se para a análise do princípio que é mais pertinente, na sequência realiza-se a valoração dos princípios, apontando-se qual pesa mais no caso concreto. Entretanto, aponta-se a arbitrariedade do uso desse método, porquanto a Constituição não estabelece escala valorativa entre eles (FERREIRA FILHO, 2020).

Diversamente, Robert Alexy (2019), aponta que a lei da ponderação deverá ser feita em três etapas, com emissão de juízos racionais em cada uma delas, afastando eventuais arbitrariedade. Assim, em um primeiro nível avalia-se o grau de descumprimento de um princípio, em um segundo nível, identifica-se a importância do cumprimento do princípio oposto e, no terceiro nível, analisa-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do princípio.

Nesse ínterim, realizando a ponderação dos princípios envolvidos, vê-se que a integridade física não se trata de um direito absoluto, podendo ser realizadas, excepcionalmente intervenções não consentidas pelo seu titular, com o fito de proteger direitos individuais e coletivos da mesma estatura, como se dá no caso de grave ameaça à saúde pública. Na mesma linha, o direito à liberdade encontra-se relacionado com a legalidade, podendo o indivíduo adotar qualquer ação ou omissão, desde que não seja contrária à lei, sendo essa um instrumento regulador da liberdade e que nesse caso veda a negativa na vacinação (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021).

Nesse sentido, já estabelecia a Declaração de Direitos de 1798:

> A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021, p. 219).

Ante o exposto, preponderam os direitos à saúde coletiva e à vida de terceiros, visto que a omissão na imunização, além de contrariar as disposições legais (Lei nº 13.979/2020, Lei nº 14.006/2020), não estando, portanto, afeta ao campo da liberdade do indivíduo, também não pode ser considerada como uma transgressão ao direito à integridade física, visto que cede frente ao direito à saúde pública (LIMA; SANTANA, 2021).

POSSIBILIDADE DE VACINAÇÃO COMPULSÓRIA: ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Realizada a análise doutrinária da temática, passa-se a analisar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587, bem como no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587 versaram sobre a pretensa inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 13.979/2020, em face dos artigos 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição Federal de 1988. Subsidiariamente, acerca da aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição Federal, evitando-se que a vacinação seja compulsória, eis que, atualmente, subsistiria insegurança quanto à eficácia e eventuais efeitos colaterais das vacinas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, rejeitou as preliminares aventadas pelo Presidente da República, pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador Geral da República. Analisando o mérito das ações pontuou que a vacinação obrigatória já é uma realidade no território brasileiro, tendo sido implantada em 1973 por meio do Plano Nacional de Imunização (Lei nº 6.259/75) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Aduziu que estariam em jogo, no caso em tela, a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio, que excluem a possibilidade de vacinação forçada, contra a vontade do indivíduo, visto que tal conduta significaria atentado à dignidade da pessoa humana. Vê-se que os diplomas internacionais e o próprio texto constitucional estabelecem parâmetros jurídicos e éticos que devem ser levados em conta no debate acerca da obrigatoriedade de vacinação, à exemplo dos direitos à vida, à segurança, à propriedade, à intimidade, à vida privada, a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Nesse ínterim, aponta que a obrigatoriedade referida pela legislação brasileira não pode comtemplar qualquer medida invasiva, aflitiva ou coativa, em virtude do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. Assim, é inconstitucional qualquer determinação legal que implemente a vacinação forçada, destituída de consentimento. Todavia, verifica-se que esse não é o caso da Lei nº 13.979/2020, porquanto não prevê a vacinação forçada em nenhum momento, dispondo no parágrafo 4º, do artigo 3º, que a negativa na vacinação implicará na responsabilização, nos termos da lei (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Ressalta que a legislação impugnada estabelece parâmetros condizentes com as regras de direito interno e internacional, dispondo que as medidas adotadas serão baseadas em evidências científicas, tendo em vista a preservação da saúde pública, sendo assegurado aos vacinandos o direito à informação, à gratuidade e o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, tendo em vista que são assegurados os direitos fundamentais, considerando que não haverá imunização forçada, sendo essa levada a efeito

por meio de sanções indiretas, consubstanciadas em vedações ao exercício de determinadas atividades ou frequência de certos locais (Portaria 1.986/01 e Portaria 597/2004), a penalidades pecuniárias (artigos 14, § 1º e 249, do ECA), e a sanções penais (artigo 269, do CP), inexiste inconstitucionalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Analisando a importância da imunização, destaca o relator que:

> É consenso, atualmente, entre as autoridades sanitárias, que a vacinação em massa da população constitui uma intervenção preventiva, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e provocar imunidade de rebanho, fazendo com que os indivíduos tornados imunes protejam indiretamente os não imunizados. Com tal providência, reduz-se ou elimina-se a circulação do agente infeccioso no ambiente e, por consequência, protege-se a coletividade, notadamente os mais vulneráveis (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, p. 16).

Assim, tem-se os programas de vacinação como a segunda intervenção de saúde mais efetiva existente, ficando atrás tão somente do saneamento básico. Ademais, destaca-se que a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que se recusam a tomar a vacina, acreditando que já estarão beneficiadas pela imunidade de rebanho, porquanto a Covid-19 pode se revelar fatal, sobretudo em pessoas idosas, quando não imunizadas. Nessa senda, verifica-se que a restrição da autonomia individual com a finalidade de concretizar o direito social à saúde encontra-se amparada nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, da CF), restando clara a obrigação do Estado em proporcionar a toda a população interessada o acesso à vacina, devendo assegurar sua gratuidade e universalidade, em havendo comprovação científica de sua eficácia e segurança (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Na mesma linha, concluiu o relator que sendo a defesa da saúde competência concorrente entre os entes federados, cabe a qualquer um deles o implemento de medidas para a contenção da pandemia de Covid-19, respeitadas as respectivas esferas de competência, devendo essas derivarem, direta ou indiretamente de lei, em virtude do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Na sequência, proferido voto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que destacou a necessidade de ponderar a liberdade de consciência e de crença com os direitos da coletividade à vida, à saúde e os direitos das crianças à prioritária proteção, preponderando os direitos coletivos em detrimento dos individuais. O Ministro Nunes Marques, por sua vez, proferiu voto a fim de não conhecer as ações, restando vencido em face dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson-Fachin, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e das Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, que acompanharam o voto do relator, fixando a seguinte tese:

> (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, p. 221-222).

O Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879, por sua vez, versou sobre a determinação de que pais veganos submetessem os filhos menores de idade às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, em detrimento de suas convicções filosóficas. Argumentaram os ministros que, inobstante seja garantida constitucionalmente a liberdade de consciência (artigo 5º, incisos VI e VII, da CF), nenhum direito é absoluto, encontrando-se limitado, no caso concreto, pela defesa da vida e da saúde da coletividade (artigos 5º e 196, da CF), bem como, pela proteção primária da criança e do adolescente (artigo 227, da CF). Desse modo, tendo em vista ainda a possibilidade de o Estado proteger as pessoas contra a sua vontade, em situações excepcionais, a importância da vacinação para a proteção da sociedade, não sendo legítima a escolha individual que afete gravemente os direitos de terceiros, e que o prepondera o melhor interesse da criança, não podendo os pais colocar a saúde dos filhos em risco por sua convicção filosófica, considerado legítimo o caráter compulsória de vacinas que seja registradas na Anvisa e que sejam alvo de consenso médico-científico (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Assim, tem-se decida uma das celeumas do processo de modernização do direito brasileiro, qual sejam os aspectos envoltos na cidadania: a liberdade individual e a utilidade pública. No caso concreto, venceu o discurso sanitarista, que defende o uso da força estatal para interferir no corpo da população em prol de interesses coletivos (GARDONI, 2017).

CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada infere-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal se encontram escoradas nos direitos à saúde coletiva e à vida de terceiros. Tal entendimento estabelece que devem ser ponderados e, suprimidos momentaneamente, direitos individuais de menor estatura em prol da coletividade. Todavia, para que tal supressão ocorra, exige-se uma série de requisitos, a fim de que a vacina a ser aplicada tenha sido testada e formulada com rigor científico e após a aprovação da agência nacional de saúde brasileira.

Nesse ínterim, verifica-se que não poderão ser usados meios de imunização duvidosos e que não tenham passados por rigorosos testes de eficiência e qualidade, razão pela qual admite-se que o Estado proponha a vacinação compulsória. Ademais, ressalta-se que a compulsoriedade difere da obrigatoriedade da vacinação, visto que nessa a vacinação ocorrerá mesmo contra a vontade do indivíduo, enquanto naquela o indivíduo poderá recusar-se a ser vacinado, sujeitando-se as sanções legalmente previstas.

Essas sanções tem a finalidade de compelir o indivíduo a vacinar-se voluntariamente, propondo que esse mantenha seus direitos hígidos e não sofra qualquer tipo de sanção caso colabore com o plano estatal de imunização. Desse modo, além de proteger-se o indivíduo contribui para que a circulação da doença diminua no território nacional, possibilitando a construção da denominada imunidade de rebanho.

Nesse ponto, em específico, situa-se a importância da imunização em massa dos residentes no território nacional, a fim de combater a pandemia de Covid-19. A imunidade de rebanho, além de garantir a redução da circulação do vírus, que poderá atingir os vacinados apenas em grau leve, diminui a possibilidade de mutação do vírus e de criação de cepas mais perigosas. Ademais, em longo prazo, poderá garantir a erradicação da doença, como já ocorreu com diversas doenças imuno infecciosas.

Diante do exposto, verifica-se que a vacinação compulsória é uma medida constitucional e legítima no enfrentamento da pandemia vivenciada, visto que possui capacidade de proteger os indivíduos da doença, reduzindo a crise sanitária existente nos hospitais e centros de saúde, e evitando a morte de inúmeros brasileiros em virtude da gravidade da doença e do inacesso ao tratamento adequado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Marcia Thereza. Cuidar e (não) vacinar no contexto de famílias de alta renda e escolaridade em São Paulo, SP, Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. v. 20. n. 1. p. 105-114. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csc/2015.v20n1/105-114/pt. Acesso em: 16 abr. 2021.

CASTIEL; Luis David; VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto. A internet na história dos movimentos anti-vacinação. **Com Ciência**. Unicamp. São Paulo, s. data. Disponível em: http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542010000700011&lng=e&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 16 abr. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARDONI, Rennan klingelfus. **Vacinação obrigatória**: liberdade individual e utilidade pública na modernização do direito brasileiro na república velha. Monografia

(Bacharelado em Direito). 61 f. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/58176/RENNAN%20KLINGELFUS%20GARDONI.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2021.

HOCHMAN, Gilberto. Vacinação, varíola e uma cultura da imunização no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. v. 16. n. 2. p. 365-385. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232011000200002&script=sci_arttext. Acesso em: 16 abr. 2021.

LESSA, Sérgio de Castro; SCHARAMM, Fermin Roland. Proteção individual *versus* proteção coletiva: análise bioética do programa nacional de vacinação infantil em massa. **Revista Revisão**. v. 20. n. 1. p. 115-124. S. local, 2015. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2015.v20n1/115-124/pt/#. Acesso em: 16 abr. 2021.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; SANTANA, Fabio Paulo Reis de. A questão da vacinação obrigatória: uma análise à luz do direito administrativo Brasileiro. **Brazilian Journal of Development**. v. 7. n. 1. p. 5030-4042. Curitiba, 2021. Disponível em: https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/23121/18570. Acesso em: 16 abr. 2021.

LIMA, Jordão Horácio da Silva. A vacinação obrigatória na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. v. 10. n. 1. p. 233-247. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/762. Acesso em: 16 abr. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MEDEIROS, Mildred Ferreira. Os movimentos contra vacinação no Brasil e a lei da vacinação obrigatória: uma análise crítica a partir dos direitos da criança e do adolescente e a partir do risco de surtos epidêmicos de doenças infecciosas anteriormente controladas por cobertura vacinal. **Revista Dissertar**. v. 1. n. 32. a. 15. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://revistadissertar.adesa.com.br/index.php/revistadissertar/article/view/272. Acesso em: 16 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Vacinação**. Brasília, 2015. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/dicas-em-saude/2129-vacinacao/. Acesso em 20 abr. 2021.

MOULIN, Anne Marie. A hipótese vacinal: por uma abordagem crítica e antropológica de um fenômeno histórico. **Histórias, Ciência, Saúde**. v. 10. p. 499-517. Manguinhos/RJ, 2003.

Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702003000500004&script=sci_arttext. Acesso em: 16 abr. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PORTO, Mayla Yara. Uma revolta popular contra a vacinação. **Ciência e Cultura**. v. 55. n. 1. São Paulo, 2003. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000100032&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 16 abr. 2021.

SOUSA, Alex da Silva. **A obrigatoriedade da vacina contra a varíola em 1904**: uma ameaça à liberdade individual. Monografia (Bacharelado em História). 45 f. Universidade de Brasília. Brasília, 2019. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/26363/1/2019_AlexDaSilvaSousa_tcc.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário com Agravo 1267879**. Repercussão Geral. Órgão julgador: tribunal pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 17 dez. 2020. Data da publicação: 08 abr. 2021. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674. Acesso em: 19 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586**. Órgão julgador: tribunal pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 17 dez. 2020. Data da publicação: 07 abr. 2021. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337. Acesso em: 16 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6587**. Órgão julgador: tribunal pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski. Data do julgamento: 17 dez. 2020. Data da publicação: 07 abr. 2021. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

COOPERAÇÃO SOCIAL E QUALIDADE DA INFORMAÇÃO: ABORDAGEM SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DE JOHN RAWLS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA COVID-19

Érica Vanessa Santori[1]
Simone Paula Vesoloski[2]
William Picolo Fibrans[3]

RESUMO: O objetivo é compilar a necessidade de ampla cooperação social orientada pela qualidade da informação como estratégia privilegiada para o enfrentamento de calamidades sociais a exemplo da Pandemia Covid-19 em sociedades complexas e desiguais como a brasileira. O problema da investigação é: quais são as referências fundamentais para a construção da cooperação social para o enfrentamento dos períodos de graves ameaças ocasionadas por calamidades e reforçar a coesão social? O referencial de análise é John Rawls, especificamente a compreensão sobre esclarecimento público e qualidade da informação. O método de abordagem é o dedutivo. O papel atualizado das instituições, os mecanismos de participação e a liberdade de expressão e comunicação são essenciais para a cooperação social equitativa e a construção da credibilidade na comunicação social.

Palavras-chave: Cooperação Social. Esclarecimento público. Equidade. John Rawls. Qualidade de Informação.

INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 trouxe para o debate público dimensões de matriz administrativa, política, ideológica e sobre a identidade e missão do Estado e dos mercados. Especificamente, acentuou as possíveis certezas sobre o Estado Mínimo, o neoliberalismo e as virtudes do livre mercado.

Por um período a implementação de políticas que relegavam ao Estado um papel

[1] Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS. Membro do grupo de pesquisas Criminologia, Violência e Controle; Cidadania, debate público e seguridade social a partir de Amartya Sen; Psicologia do Testemunho Aplicada ao Reconhecimento de suspeitos vinculados a IMED. Pós-graduada em Ciências Criminais pela instituição Luiz Flávio Gomes (LFG) e Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. *E-mail*: ericasantori@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1785083988639517.

[2] Mestranda bolsista PROSUP/CAPES do Programa de Pós Graduação em Direito - Faculdade Meridional, IMED, Passo Fundo/RS. Pós graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista - Grupo Verbo. Graduada em Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Erechim. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen da IMED – Passo Fundo e do grupo de pesquisa Trabalho e Capital: Retrocesso Social e Avanços Possíveis da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *E-mail*: simonels17@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1355468920025819.

[3]Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, Taxista CAPES/PROSUP, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional IMED de Passo Fundo/RS, Advogado inscrito na OAB/RS sob o n.º 108.982, membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen, ORCID: http://orcid.org/0000-0002-9564-2334. *E-mail*: williampf.adv@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8780054536735856.

secundário animou gestores públicos, investidores e, por vezes de forma expressiva, animou o imaginário da população em geral.

A Pandemia, por diversas razões, amplamente divulgadas e visualizadas empiricamente, debilitou a faixa da população mais vulnerável e comprometeu as condições de sobrevivência em diversas áreas, inclusive as empresas, produzindo uma das maiores crises econômicas da modernidade.

O grave e persistente quadro de desigualdades sociais existente no Brasil, me motivou a empreender nessa pesquisa. A escolha desse autor se justifica, tendo em vista que, além, de grande pensador, dedicou-se em profundidade tanto à filosofia política quanto à justiça, deixando notável contribuição ao desenvolvimento recente deste tema.

Pretendo com esse estudo, contribuir para o debate atual acerca dos fundamentos éticos das políticas públicas. Diante este panorama complexo, se faz necessário uma análise de ampla cooperação social orientada pela qualidade da informação como estratégia privilegiada para o enfrentamento de calamidades sociais a exemplo da pandemia covid-19 em sociedades complexas e desiguais como a brasileira.

Os objetivos específicos são contextualizar as desigualdades justas e a necessária cooperação social; o destaque e a importância do esclarecimento público da qualidade da liberdade de informação e expressão, visando a participação social ativa para a coesão social e a superação das desigualdades injustas.

A construção da fundamentação e exposição dos argumentos crítico-construtivos tem como referência a abordagem de John Rawls, tradicionalmente reconhecido como um dos pensadores mais influentes do Século XX, especificamente, o valor das liberdades, o debate público e a qualidade da informação para a equidade social em ambientes com expressivas desigualdades injustas.

Por sua vez, o método de abordagem é o dedutivo porque elege como referencial de análise a contribuição de Rawls a partir da qual fundamenta as condições para o esclarecimento público de questões sensíveis à sociedade em geral e, especificamente, aos menos favorecidos que são as principais vítimas do sofrimento imposto pela pandemia.

Com igual preocupação assevera-se a equidade social como pressuposto de justiça, combate e prevenção das desigualdades injustas.

A estrutura da exposição deste tema contextualiza a grave situação das desigualdades injustas e apresenta a cooperação social como forma privilegiadas de enfrentamento a este contexto.

Destaca-se também um ambiente democrático sendo relevante a qualidade da informação, o esclarecimento público e a liberdade de informação e expressão para a construção e incentivo à cooperação social e fundamenta participação social ativa com suas diversas estratégias para a coesão social e a superação das desigualdades injustas.

As desigualdades de ordem filosófica, religiosa e moral integram a rotina das sociedades como uma referência para as questões de justiça. Estas são justas porque representam o pluralismo de concepções e dinamizam as relações humanas e possuem as condições para que relações humanas e sociais sejam equitativas.

As desigualdades injustas, por sua vez, precisam ser combatidas, prevenidas e equalizadas a partir de orientações seguras que permitam o equilíbrio social.

Embora a Teoria da Justiça de Rawls eleja o artifício da Posição Original, protegido pelo Véu de Ignorância, para a escolha dos Princípios de Justiça, o seu conteúdo possui um conjunto de orientações essenciais para o enfrentamento das graves problemáticas na atualidade, a tomada de decisão dos gestores públicos e a construção de mecanismos de participação livre e ativa dos membros da sociedade nos seus destinos.

A preferência pelos menos favorecidos, no atual contexto, as maiores vítimas da pandemia, é um referencial seguro, democrático e com as condições de impulsionar as ações concretas das políticas públicas que visem a diminuição do sofrimento humano e a proteção social.

A atuação do Estado, das instituições e das demais organizações têm a missão de destinar e otimizar os recursos disponíveis por meio da legislação e de decisões equitativas. Com igual preocupação salienta-se a necessária garantia das liberdades fundamentais, especialmente por meio da qualidade da informação e da comunicação.

A adulteração das informações, o fanatismo político com seus diversos matizes e as deficiências de participação acentuam as injustiças evitáveis e impedem a afirmação e renovação da democracia, ou seja, a equidade social. Afirma-se a missão indispensável do Estado para a diminuição das desigualdades injustas, especialmente nos períodos mais exigentes como o experimentado pela pandemia.

AS DESIGUALDADES JUSTAS E A COOPERAÇÃO SOCIAL

Diante do fenômeno de desigualdades apresentado pelo mundo e principalmente no Brasil nos dias de hoje, tornou-se necessário repensar a questão da justiça, sendo que a má distribuição de bens na sociedade é o ponto principal. E a solução da teoria da justiça de Rawls, um dos filósofos políticos mais influentes e lembrados dos últimos tempos é uma resposta opcional a este problema.

A resposta a este questionamento é a implementação de políticas públicas. Rawls fundamenta-se na prioridade do justo sobre o bem, quer dizer todas as liberdades individuais, embora prioritárias, devem ser complementares aos anseios por igualdade, e os princípios da justiça devem estar acima de qualquer concepção de felicidade geral.

A solidariedade e a cooperação não se justificam apenas por sentimentos religiosos ou comunitários transcendentais, mas pela própria consciência de que a persecução de

nossos fins depende da relação que mantemos com os outros (RAWLS, 2000).

De acordo com Rawls, a justiça torna-se uma obrigação política ao sistema cooperativo justo, que é a sociedade. A teoria da justiça de Rawls é uma teoria normativa e já faz parte das políticas públicas de vários países, entre os quais se encontra o Brasil.

Entretanto, nesse contexto encontram-se as desigualdades justas que são arranjos sociais em termos das desigualdades inaceitáveis expressas em acessos diferenciados aos recursos sociais.

A noção de desigualdades justas é de grande valia, ela se constitui como uma tentativa de responder o pressuposto do que são as desigualdades sociais provenientes das diferenças que serão aquelas que superaram positivamente esta limitação.

A exemplo da COVID-19 indivíduos dificilmente escolheriam viver em uma sociedade cujos valores justificassem políticas de isolamento, pois eles não saberiam previamente sua condição demográfica, onde poderiam ser idosos ou possuir comorbidades, poderiam ser mais pobres e desguarnecidos, poderiam se infectar ou não com o vírus, poderiam ser sortudos ou azarados (RAWLS, 2002).

O ponto aqui discutido é que a pandemia generaliza, os riscos humanos para além de grupos mais vulneráveis, ainda que as classes abastadas consigam, com o tempo, converter seus privilégios econômicos em maiores proteções em relação ao vírus, tal conversão é limitada. Ainda que desigualmente, todos, em exceção, serão atingidos em maior ou menor medida pela pandemia e seus efeitos econômicos.

Em termos da interpretação as desigualdades que resultarem de uma consideração igual concedida a pessoas basicamente diversas, em termos de uma dimensão particularmente favorecida pela teoria moral que se pratique.

No momento se evidenciam que uma preocupação com certo nível de igualdade e bem-estar social não se justifica apenas por uma compaixão genérica, mas também para a própria preservação das liberdades individuais básicas (RAWLS, 2000).

Ao se deduzir a concepção filosófica do autor desses eventos biográficos trágicos, mas apenas chamar a atenção para o fato de que eles servem de ilustrações para sua visão dos efeitos injustos que a sorte pode ter e da inescapável conexão do destino de um indivíduo com o destino dos demais. O indivíduo racional é obrigado a perceber que, numa vida em sociedade, o destino pessoal depende do destino de seus pares e da distribuição arbitrária de vantagens e desvantagens sociais.

Os elementos básicos de Rawls são a igualdade de direitos e liberdades básicas compatíveis com o direito de todos e as desigualdades que priorizam pela livre concorrência a cargos e posições que estiverem disponíveis, bem como favorecer que o maior benefício possível, seja para os menos privilegiados, como forma de que com esses elementos se pode chegar a um ponto comum de equidade (RAWLS, 2000, p. 56-57).

O ideal de justiça do autor está enraizado no conceito de justiça como ideal de equidade, gerando a ideia organizadora apta para exemplificar e exteriorizar medidas que assegurem a todos os cidadãos os meios necessários para que se utilizem dessas vertentes, tendo como sustentáculo principal, os valores e princípios de um sistema equitativo de cooperação social, que segundo o autor, só poderá ser plenamente aplicada entre sujeitos livres e iguais (RAWLS, 2000, p. 56-57).

A estrutura básica da sociedade, para Rawls, é objeto primário da justiça, onde as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.

Os princípios de justiça interligados a equidade não se aplicam diretamente ou regulam internamente instituições e associações da sociedade, e sim, ajustam a estrutura básica da sociedade, uma vez que se baseia em metas, aspirações e no caráter dos cidadãos entendidos como objeto da justiça política e social.

Significa dizer, ao ser implantado os princípios de justiça interligados a equidade na sociedade, se busca a concretização de vantagens para todos, sem, contudo, esquecer-se dos conflitos surgidos entre os indivíduos, visando garantir interesses próprios.

De acordo com Rawls, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito, bem como por uma identidade de interesses.

A adoção de um sistema cooperativo justifica a premissa acima, pois proporciona uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços.

Para que se tenha uma concepção política satisfatória, e para que haja uma cooperação entre os cidadãos de uma sociedade, o ponto político tem que ser publicamente reconhecido, e que isso exteriorize um ideal de justiça para todos os cidadãos, a fim de se manter a equidade, dessa forma, chega-se mais próximo do que Ralws entende como objetivo da justiça, elemento prático apresentando-se como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada (RAWLS, 2000, p. 52).

Porém, para que consigamos realizar de forma plena as ideias de política de modo que priorizem o máximo as liberdades e igualdade dos cidadãos, o autor relata a ideia de posição original.

A posição original, se concretiza, na investidura de um artificio de representação, e tem como ideal o aspecto de justiça igualitária, onde todos teriam benefícios mútuos, tendo em vista que, na posição original todas as pessoas são colocadas em condições apropriadas, sem beneficiar ou prejudicar qualquer classe especifica, com o único intuito de satisfazer ao máximo cada cidadão, e propiciar uma sociedade bem ordenada (RAWLS, 2000, p. 66).

Cabe salientar que na visão de Ralws, a efetividade de concepção de justiça e uma sociedade bem organizada, está definida e regulamentada por uma concepção pública e

efetiva de justiça cooperativa entre as sociedades.

As ideias de publicidade, tal como é entendida como justiça equitativa, segundo o autor é regulamentada por princípios públicos de justiça onde os cidadãos aceitam e sabem que os outros também aceitam esses princípios.

Portanto, essa percepção é publicamente reconhecida, de maneira que, todos os dotados de razão, reconhecem isso, fazendo com que as crenças publicamente compartilhadas se tornem aceitas e apropriadas para as questões de justiça política (RAWLS, 2000. p. 111).

Rawls ao mencionar sobre a publicidade, diz respeito as crenças gerais, sob o prisma de que, os primeiros princípios de justiça podem ser aceitos em uma sociedade bem ordenada, de modo que, as crenças podem ser confirmadas por meio de métodos publicamente compartilhados de investigação e de raciocínio (RAWLS, 2000. p. 111).

Ainda, na visão de Rawls o nível de publicidade está relacionado com a justificação plena da concepção pública de justiça, o autor trata esse nível como sendo o que define a justiça como equidade, tendo em vista que, esse nível é publicamente acessível, e está presente na cultura pública, refletida no sistema jurídico e nas instituições políticas, bem como nas tradições históricas de sua interpretação (RAWLS, 2000. p. 111).

Portanto, quando uma concepção política de justiça satisfaz essas condições, as nuances sociais básicas, bem com as ações individuais dos cidadãos podem ser plenamente justificáveis, é alcançado o ideal de justiça como equidade, a sociedade bem ordenada e a cooperação social.

O ESCLARECIMENTO PÚBLICO, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO

O esclarecimento público tende a estabelecer uma reflexão sobre a função da ideia da estrutura básica da sociedade com os princípios morais na teoria da justiça como equidade de John Rawls.

A ideia da estrutura básica da sociedade, aponta para a possibilidade de superação da controvérsia desenvolvidas. A alternativa proposta por Rawls está em considerar a justificação moral em um âmbito público.

A justificação pública visa oferecer uma alternativa ao problema da justificação epistemológica que exigiria uma teoria tradicional do significado para dar conta da verdade dos juízos e princípios morais, na qual o significado do dito teria um correspondente ontológico, apelando para um modelo pragmatista de justificação, em que o significado dos enunciados morais será determinado por seu uso, isto é, no seu contexto de garantia da estabilidade social justa·

A liberdade de informação e de expressão efetivamente ganhou grande importância

com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1789 onde aduziu que ninguém pode ser molestado por suas opiniões e ressaltou tal liberdade como um dos mais preciosos direitos do Homem (FRANÇA, 2015).

A liberdade de pensamento e de expressão não pode, contudo, ser vista sob um prisma unicamente individual. Sua tutela exige que as instituições sejam organizadas de forma a promover esse direito de forma geral e plural. Destarte, tal liberdade deve ser analisada dentro de uma estrutura básica a qual, por sua vez, é definida conforme os desenhos das diversas teorias da justiça.

A liberdade de expressão inclui a liberdade de manifestação do pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.

Rawls sintetiza que as pessoas são motivadas por uma determinada hierarquia de interesses. Precisam, em primeiro lugar, garantir seu interesse de mais alta ordem e seus objetivos fundamentais, e esse fato se expressa na primazia que dão à liberdade e a aquisição de meios que lhes permitam promover seus outros desejos e objetivos tem um lugar subordinado.

Em seu pensamento, essa prioridade decorre, entre outros motivos, da posição de igual cidadania entre os indivíduos. É necessário um respeito igual à liberdade de todas as pessoas como forma de assegurar igual posição de sujeito de direitos a todos.

A inafastável liberdade, em tal contexto, na medida em que constitui o núcleo duro da cidadania, não pode ser restringida por vantagens de quaisquer ordens, somente pela necessidade de outra liberdade.

Com isso, Rawls não ignora que na prática as pessoas podem possuir condições diferentes para exercitar suas liberdades. A diferença de autoridade e riqueza, por exemplo, pode afetar o valor da liberdade. No entanto, há uma diferença entre a liberdade que é igual para todos e o valor da liberdade que pode variar, mas será compensado pelo princípio da diferença.

A Doutrina da Equidade foi desenvolvida a partir da ideia de que para que o direito à informação exista não é suficiente que seja garantida a liberdade de imprensa unicamente sob o prisma da abstenção estatal. Isso poderia implicar a exclusão de grupos desfavorecidos do discurso público e a manipulação da liberdade por grupos hegemônicos ou majoritários.

É nesse momento da COVID-19 que uma concepção de justiça como equidade e uma concepção de Estado de bem-estar social podem se tornar mais palatáveis para um mundo sujeito a riscos e arbitrariedades globais (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

Rawls contempla o esclarecimento público considerando que a liberdade tem raízes profundas nas aspirações humanas, como a de informação e de expressão e nas liberdades de pensamento, liberdades de consciência, liberdade individual e liberdade civil.

Ele ressalta que a liberdade civil não deve ser sacrificada em nome da liberdade política e da liberdade de participar das deliberações dos negócios públicos, para resolver essa questão é necessária uma teoria do direito e da justiça. Porque a uma teoria do direito poderia especificar até onde um indivíduo pode se exercer a liberdade política e a liberdade privada.

Uma questão que Rawls levanta sobre esse tema é em relação aos pobres e ignorantes, que, por se encontrarem em tal condição, são incapazes de se beneficiar dos próprios direitos e das próprias oportunidades.

Rawls distingue a liberdade e o valor da liberdade. A liberdade é representada pelo sistema completo das liberdades e cidadania igual, ao passo que o valor da liberdade é representado pelos diversos grupos de indivíduos do qual depende a capacidade de promover os próprios objetivos dentro da estrutura definida pelo sistema.

No entanto, o problema é que não se pode compensar uma liberdade menor em detrimento de uma liberdade igual. Embora a liberdade seja a mesma para todos, não é igual, pois têm alguns que possuem mais riqueza do que outros, ou seja, detêm mais recursos para conseguirem seus objetivos.

Também pode se apontar que não se deve confundir a compensação pelo valor menor da liberdade com a afirmação de uma liberdade desigual, pois os dois princípios no seu conjunto são estruturas básicas organizadas de forma a aumentar o valor para os menos desfavorecidos do sistema de igual liberdade que é o objetivo da justiça social

No entanto, uma vez essa epidemia controlada, cidadãos e políticos de sociedades democráticas ao redor do mundo terão que reavaliar suas concepções de justiça, e parece hoje, pouco provável que elas façam pouco caso de um Estado mais atuante, ou seja, mais forte nas questões da participação social.

Nossa capacidade de responder a elas dependerá de um Estado mais forte na busca políticas públicas de saúde e seguridade social, capazes de atender números massivos de pessoas que caem nas malhas das transmissões de doenças e das transmissões de perdas econômicas em cascata, advindas dos efeitos das pandemias e epidemias sobre o mercado e sobre o próprio Estado, que sempre perde capacidade de arrecadação em momentos de recessão.

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A COESÃO SOCIAL

Para buscar uma sociedade que adote um sistema decisório, que envolva todos os participantes, especialmente em momentos de crise ou em situação de graves injustiças, convém discutir como se forma e como se mantém a imparcialidade em meio a tensões e desigualdades rotineiras ou não.

No entanto, que tais escritos têm sido típica e amplamente, ignorados na teoria

econômica do bem-estar social. Esse tratamento reflete a preocupação, por parte dos teóricos do bem-estar, de que as propostas não se baseiem tão somente na intuição, mas que sejam estruturadas e fundamentadas (SEN, 1993).

Ele reflete também o prestígio intelectual de enfoques tradicionais como a avaliação utilitarista que gozam na teoria do bem-estar, e que bloqueia a aceitação de enfoques alternativos mesmo quando sejam atraentes. A incapacidade de avaliações baseadas na utilidade de lidar com a privação persistente na literatura da economia do bem-estar o predomínio dessa tradição tem-se revelado muito resistente à mudança.

O fomento ao debate são elementos centrais para que se tenha a compreensão da justiça. Amartya Sen tem a compreensão de que a justiça realizada por meio da argumentação pública faz uma ligação direta com a ideia da democracia onde será mais bem vista pela sociedade, se for ofertada.

Desta forma a libertação do isolamento posicional pode nem sempre ser fácil, mas é um desafio que o pensamento ético, político e jurídico tem de incorporar.

Rawls e Sen chamam de governo por meio do debate quando se coloca em relevância a busca em trazer para o público ideias, opiniões e argumentos sobre questões de políticas públicas.

Os elementos centrais de uma compreensão ampla de democracia são: a participação política; o diálogo; a interação pública e o debate público. Dessa forma, as exigências da justiça, só podem ser avaliadas com a ajuda dessa argumentação na sociedade.

Ademais, se acredita no melhoramento da justiça global através desse debate, como sendo um dos elementos a fim de ser disseminado, não somente as ideias de justiça, mas também um ideal de democracia, pois, somente pelo debate saberemos as dificuldades dos demais, e dessa forma teremos uma melhor compreensão das vidas alheias.

O sentido fundamental da comunicação pública é a da tomada da palavra pela sociedade. A partir da troca de experiências e referências, os cidadãos se integram nas conversações sobre temas de seu interesse. Ela tem uma perspectiva tanto de acolhimento quanto de expansão, por indicar um processo de publicização dos diferentes interesses. O lugar em que os atores partilham opiniões é a esfera pública (MATOS, 2013).

À medida que a comunicação pública ganha dimensão de partilha, defesa e luta por direitos, ela ocupa um duplo papel: deve ser garantida por um regime democrático, mas também é sua garantidora.

É por meio do debate livre de ideias que as demandas são identificadas e ponderadas racionalmente até o ponto em que poderão resultar em políticas públicas ou leis que atendam ao interesse geral. Essa é a dinâmica proposta pelo modelo deliberativo de democracia (MATOS, 2013).

A intensidade do debate juntamente com a participação dos cidadãos são

importantes indicadores do nível de desenvolvimento da sociedade. Este deve ser compreendido além das análises tradicionais sobre renda ou indicadores econômicos de produção, mas como aquele que valoriza as liberdades individuais e sociais, permitindo que cada cidadão tenha condições para exercer ponderadamente sua condição de agente (MATOS, 2013).

As opiniões formadas na esfera pública, uma vez consideradas nas decisões políticas, não apenas legitimam leis e projetos definidos pelo Estado, como os subsidiam. Nesse processo, o espaço discursivo é o fórum apropriado para a determinação de demandas por direitos e para o posicionamento dos públicos fracos, distantes do poder central e com pouca influência política.

Torna-se imprescindível, portanto, reconhecer e enfrentar a real desigualdade deliberativa, relacionada especialmente com as dificuldades materiais e cognitivas para a exposição de argumentos.

Entretanto, na atual situação pandêmica a maioria da população se arrisca a ser contaminada para não perder emprego ou para comprar o alimento da sua família no dia seguinte, os bilionários não têm com o que se preocupar eles estão em uma situação diversa, com privilégios e fortunas que seguem crescendo em meio à, talvez, maior crise econômica, social e de saúde do planeta no último século (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

Conforme mostra a organização as medidas de distanciamento social para o combate a disseminação da COVID-19, oito novos bilionários surgiram no Brasil, ou seja, um a cada duas semanas. Enquanto isso, a estimativa é que 40 milhões de pessoas devem perder seus empregos e 52 milhões vão entrar na faixa de pobreza na América Latina e Caribe em 2020 (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

> Os dados apresentados no relatório são assustadores. “Ver um pequeno grupo de milionários lucrar como nunca numa das regiões mais desiguais do mundo é um tapa na cara da sociedade, que está lutando com todas suas forças para manter a cabeça fora d’água”, disse. “Está mais do que na hora de a elite contribuir, renunciando a privilégios e pagando mais e melhores impostos” (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

No Brasil, a discussão da reforma tributária não tem levado em conta a necessidade de reestruturar o sistema para que haja a redução das desigualdades e para torná-lo mais progressivo.

Os debates, em andamento no Congresso Nacional, têm tratado da simplificação da tributação sobre o consumo, o que não resolve as distorções do sistema, no qual quem ganha menos paga proporcionalmente mais imposto do que quem ganha muito (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

O relatório apresenta propostas fiscais emergenciais no sentido de enfrentar

privilégios, que incluem imposto extraordinário às grandes fortunas, imposto sobre resultados extraordinários de grandes corporações, taxação das grandes rendas geradas pelas atividades digitais, pacotes de resgates públicos a grandes empresas, mas sob condições, e redução de impostos para quem está em situação de pobreza, incluindo eliminar os tributos sobre o consumo de produtos de uso sanitário e cesta básica familiar (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

O imposto sobre resultados extraordinários de grandes corporações é outra alternativa, considerando que nem todas as empresas sofrem os efeitos da pandemia.

Se pode analisar como exemplo setores como o farmacêutico, grandes cadeias de distribuição e logística, telecomunicações ou a economia digitalizada vivem períodos de alto rendimento. Com os resultados publicados para o primeiro trimestre de 2020, a margem de lucro da Visa® cresceu mais de 50% e a de farmacêuticas, como Pfizer ®, 31%, informa a ONG (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

Por outro lado, houve a paralisação total do setor turístico durante o isolamento e da grande maioria de micro, pequenas e medias empresas durante os períodos mais restritos do isolamento social.

A crise não pode se converter em uma oportunidade para um grupo de empresas obter ganhos extraordinários. Essa situação absolutamente não usual justifica a criação de um imposto sobre resultados extraordinários de grandes corporações enquanto dure a pandemia.

Mesmo após a crise devido a pandemia, há propostas para que os países incorporem em suas reformas tributárias pendentes, como arrecadar mais para blindar as políticas sociais, elevar ou criar taxas sobre rendimentos de capital e revisar impostos sobre propriedades e sobre os incentivos tributários.

Para as reformas não pode haver margem para a evasão fiscal, o ocultamento de ativos e bens em paraísos fiscais ou o desperdício em privilégios fiscais (CAMPOS; ASSUMPÇÃO, 2020).

As demandas por intervenções redistributivas e de proteção social por parte do Estado não se justificam apenas por motivos econômicos, mas também morais e políticos.

Por razões complexas, momentos de crise como este reforçam a preocupação com nossa autopreservação, sobrevivência e direitos humanos, mas também instam reflexões sobre o bem-estar geral, qualidade de vida e justiça social.

Segundo as medidas de flexibilização propostas pelo Presidente brasileiro Jair Bolsonaro (2020), não seria justo condenar toda a população a uma quarentena total e seus efeitos econômicos deletérios apenas para garantir a vida de uma minoria, composta mormente por idosos e pessoas com comorbidades, por isso, valeria a pena aceitar uma quarentena seletiva e um risco maior de mortes em troca da manutenção da atividade econômica e da liberdade individual da maioria.

Entretanto, diante do atual cenário pandêmico e da situação de desigualdade, podemos analisar respostas aos esforços de Rawls que foi justamente evidenciar as contradições internas da moral utilitarista e, por isso, sua teoria pode ser utilizada para conhecimento.

Segundo o utilitarismo liberal, a liberdade em perseguir a satisfação dos desejos e interesses individuais deveria ser o valor fundante da vida humana. Ainda sobre a perspectiva de Rawls, um indivíduo abstrato pressuposto pelas teorias utilitaristas contraditoriamente não escolheriam viver em sociedade regida pelos princípios do utilitarismo. Só escolheríamos viver em uma sociedade que proporcionasse a maior quantidade total de felicidade ao maior número de seus membros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa foi expor acerca de um enfoque teórico os fundamentos das desigualdades justas e a cooperação social, enquanto fenômeno complexo, dinâmico e multidimensional.

Como exposto, o esclarecimento público e a liberdade de informação e de expressão devem ser vistos, enquanto direito que se realiza em relações intersubjetivas, e não como liberdade para isolar o homem. Trata-se, em verdade, de uma liberdade que afirma a autonomia dos indivíduos e garante que todos possam defender suas posições no espaço público.

Em tal contexto relacional, ao mesmo tempo em que protege todas as opiniões, Rawls, assegura a pluralidade de pensamentos, uma diversidade que não somente é aceita, mas também desejada e que deve ser fomentada.

Com base em Rawls se entende que é difícil sustentar uma intervenção tão intensa das instituições sociais no debate público. É necessária uma sintonia fina, para que as instituições, em nome de diversificar o espaço público, não acabem por impor um posicionamento. Uma posição minoritária não deve firmar-se com base no apoio do Estado, e sim em decorrência da força de sua argumentação perante a sociedade.

No entanto, ainda que a liberdade de expressão restrinja a intervenção externa ao mínimo, não há dúvidas de que alguma forma de pluralização do debate público encontra respaldo na própria noção deste direito. A estrutura básica deve incluir ideias sem apoiar qualquer dos lados e sem excluir quaisquer posições.

Portanto, se, por um lado, não é possível defender a restrição aos meios de comunicação por meio de uma atuação estatal excessiva, por outro lado, a própria liberdade de expressão exige um mecanismo de fomento à pluralidade nos debates de interesse geral uma forma de Doutrina da Equidade mitigada.

Sendo que a pluralidade e a diversidade no debate público de opiniões não

pressupõem nem significam que todas as posições são igualmente aceitáveis ou mesmo igualmente valiosas. Por certo, muitas ideias serão rejeitadas desde logo e muitas outras não apresentarão quaisquer fundamentos mínimos.

No entanto, a democracia assegura que as pessoas tenham acesso a todas elas e, dessa forma, possam exercer sua racionalidade. O despotismo do Estado e a tirania da maioria não podem atuar como juízes, filtrando os pensamentos para que somente os melhores participem do debate. Há o direito de a própria pessoa e não alguém que suponha ter melhores condições que ela ter acesso e decidir qual ideia é melhor e merece sua adesão.

Por fim, diante de todos os aspectos citados pode se observar até o presente momento que os chefes de Estado, em sua maioria, têm trabalhado no pressuposto de que é dever do governo proteger a todos. Além disso, seja por um ideal rawlsiano de equidade, seja pelos valores comunitários latentes, boa parte das pessoas tem aplicado a regra de ouro ao decidir pelo isolamento social, ajudando na proteção do grupo de risco da doença.

REFERÊNCIAS

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

CAMPOS, Luiz Augusto; ASSUMPÇÃO, San Romanelli. (2020). **A Dimensão Moral do Isolamento: contribuições da teoria de John Rawls para pensar as repostas a pandemia**. Horizontes ao Sul. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/07/27/internas_economia,1170395/brasil-42-bilionarios-aumentaram-fortunas-durante-a-pandemia-covid-19.shtml. Acesso em: 31 jul. 2021.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.** Paris, 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 10 mar. 2021.

MATOS, Heloiza Helena Nobre. **A deliberação justa no mundo do possível**: articulações entre Habermas, Rawls e Amartya Sen. Revista Compolítica n. 3, vol. 2, ed. jul-dez, 2013. Disponível em: http://compolitica.org/revista/index.php/revista/article/view/52/54. Acesso em 14 mai. 2021.

RAWLS, John**. O Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** São Paulo, Tradução Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como expansão de capacidades**. Lua Nova [*online].* 1993, n.28-29 [citado 2021-05-14], pp.313-334. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0102-6445. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100016. Acesso em: 12 maio 2021.

ZAMBAM, Neuro José; SALVETTI Ésio Francisco. **Condições da coesão social em Amartya Sen:** análise da obra "a ideia de justiça", de Amartya Sen. Rio de Janeiro, 2021.

RESPONSABILIDADE E COMPETÊNCIA DO PODER PÚBLICO ANTE AO CENÁRIO E AOS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS CONTEMPORÂNEOS

Simone Paula Vesoloski[1]
Érica Vanessa Santori[2]
William Picolo Fibrans[3]

RESUMO: O desenvolvimento econômico decorre do avanço natural dentro da sociedade e como consequência dessa evolução a questão ambiental ligada à ideia de desenvolvimento socioambiental fortalecido sob o pilar da sustentabilidade deve ser primordial e merece estruturação para garantir sua efetividade. Nessa pesquisa buscou-se retratar o posicionamento do poder público frente as questões ambientais, analisando suas ações, sua competência e seu papel, demonstrando os desafios a serem superados. Tais considerações demonstram que os desafios ainda são muitos, o poder público deve ser responsável assumindo e conduzindo a sociedade para um cenário socioambiental transformador, zelando pela tutela e pela proteção do meio ambiente. O método utilizado foi indutivo, com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Poder Público. Socioambiental. Sustentabilidade.

INTRODUÇÃO

Até poucos anos atrás a preocupação e o cuidado com a natureza não eram alvo de discussões, tão pouco de políticas públicas ou lei que visassem medidas de proteção, contudo, o cenário foi tomando um novo rumo e as preocupações começaram a ganhar espaço dentro da sociedade multifacetada.

Apesar das medidas adotadas, das leis e todo o aparato jurídico em prol da proteção e da minimização dos danos causados ao meio ambiente, essas ações voltadas para a seara ambiental ainda engatinham.

[1] Mestranda bolsista PROSUP/CAPES do Programa de Pós Graduação em Direito - Faculdade Meridional, IMED, Passo Fundo/RS. Pós graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista - Grupo Verbo. Graduada em Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Erechim. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen da IMED – Passo Fundo e do grupo de pesquisa Trabalho e Capital: Retrocesso Social e Avanços Possíveis da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *E-mail:* simonels17@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1355468920025819.

[2] Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS. Membro do grupo de pesquisas Criminologia, Violência e Controle; Cidadania, debate público e seguridade social a partir de Amartya Sen; Psicologia do Testemunho Aplicada ao Reconhecimento de suspeitos vinculados a IMED. Pós-graduada em Ciências Criminais pela instituição Luiz Flávio Gomes (LFG) e Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. *E-mail:* ericasantori@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1785083988639517.

[3] Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, Taxista CAPES/PROSUP, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional IMED de Passo Fundo/RS, Advogado inscrito na OAB/RS sob o n.º 108.982, membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen, ORCID: http://orcid.org/0000-0002-9564-2334. *E-mail:* williampf.adv@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8780054536735856.

Além de todo o conjunto de proteção como mencionado, é preciso uma postura ativa e urgente do ser humano a fim de que ele seja sensível com as questões ambientais e consciente quanto a nova postura a ser adotada para minimizar os efeitos causados, mitigando futuros impactos mais graves. Ainda há um longo caminho a ser percorrido frente a uma série de mudanças que precisam ser perfectibilizadas.

Nessa senda, é possível perceber que o egocentrismo ainda existe dentro da sociedade em algumas esferas, atribuindo ao ser humano uma posição de centralidade em relação a todo o universo, onde tudo gira ao seu redor. Desse modo, é necessário quebra de ruptura e um posicionamento protecionista e ativista em relação ao cuidado com o meio ambiente.

Desse modo, o objetivo dessa pesquisa visa questionar de que modo o desenvolvimento pode ser pautado na sustentabilidade perante o papel e a atuação do poder público? Em resposta, o trabalho tem como objetivos: pesquisar o conceito de meio ambiente e a responsabilidade do ente público em defesa do meio ambiente; analisar algumas ações de cooperação institucional e a competência do poder público; por fim, averiguar quais os desafios do direito em relação ao quadro socioambiental e a postura do poder público e do cidadão frente às mudanças esperadas. O método utilizado foi indutivo, com pesquisa bibliográfica e fontes indiretas.

Destarte, a pesquisa demonstra que o poder público deve ser responsável, assumindo o compromisso com o cuidado, com a preservação e com todas as medidas que visem à proteção ao meio ambiente, fazendo valer as leis vigentes, readequando se necessário a fim de que garantam maior tutela e mais efetividade.

COMPETÊNCIA E RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO E O SEU POSICIONAMENTO EM RELAÇÃO À DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Conceituar o meio ambiente de acordo com alguns autores é uma tarefa difícil diante da tamanha diversidade, amplitude e da complexidade que o envolve. Portanto, verificam que o meio ambiente tem um conceito jurídico indeterminado, regido por uma série de princípios, diretrizes e objetivos.

A partir dessa indefinição concreta para conceituar o meio ambiente, vários autores buscam expressar o que compreendem por meio ambiente. Desse modo, na visão de Farias (2017) essa busca pela procura de conceituação deve obedecer a ditames constitucionais que visam e consagram a real defesa desse bem como valor fundamental e de extrema importância para a humanidade. Para tanto, o autor ressalta que a conceituação de meio ambiente deve ser construída a partir da adaptação às exigências sociais e de modo que concretize o desiderato constitucional de efetividade e também de imprescindibilidade. Utilizar o conceito jurídico indeterminado é o mais correto frente à complexidade das mutações que ocorrem na esfera ambiental.

A Lei 6.938/81 conhecida como a Lei[1] da Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 3º traz o conceito de meio ambiente, sendo este compreendido como o conjunto de leis, condições, interações variadas que possibilitam e regem a vida no planeta terra.

A partir dessa perspectiva, a Constituição Federal[2] de 1988 no artigo 225 consagra que o meio ambiente é um direito de todos e todos têm direito de usufruir desse meio ambiente sadio e equilibrado, ainda, cabe ao poder público e a coletividade o dever de proteger, preservar e defender, não somente para a geração atual, mas principalmente para as futuras gerações, proporcionando uma sadia qualidade de vida, equilíbrio e bem estar para a sociedade e para o meio ambiente em si. Nessa linha, o parágrafo 1º deste artigo traz consigo várias obrigações que o poder público fica incumbido de promover, fiscalizar, verificar entre outros, para assim assegurar o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável.

De acordo com Fiorillo (2012) o texto contido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 vincula a tutela expressa tanto ao poder público como a coletividade, ressaltando que esta tutela consiste num dever, e não numa norma moral de conduta.

---

[1] BRASIL. Lei 6.938/81; "Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...]"

[2] BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.
§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

> Assim, temos que o art. 225 estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz a respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações, (FIORILLO, 2012, p. 67-68).

A partir da promulgação da Constituição de 1988 foi perceptível um verdadeiro marco civilizatório que emergiu numa busca por medidas que tutelem, protejam e preservem o meio ambiente. Cada indivíduo é responsável por manter a vida no planeta; ao mesmo tempo em que todos têm o direito de usufruir de um meio ambiente sadio e equilibrado, este direito traz consigo um dever célere de manter este cuidado, gerando comprometimento e corresponsabilidade compartilhada e reciproca de todos os indivíduos.

Nessa linha, a manutenção do meio ambiente é fator que integra o processo de desenvolvimento sustentável. Assim, Milaré (2014) deixa claro que o processo que emana enaltecer o desenvolvimento sustentável requer dentro da sociedade um grande número de atores e agentes ambientais comprometidos em fazer acontecer. Essa movimentação de pessoas comprometidas faz com que foquem na efetividade do desenvolvimento sustentável, gerando uma onda verde, perfectibilizando uma comunidade sustentável.

Nesse sentido, é importante trazer a baila o que se entende por comunidade sustentável. Este conceito é pontuado por Milaré (2014, p. 65- 66):

> É aquela que tem as seguintes características:
> a) sua população tem forte senso de comunidade, solidariedade e iniciativa própria para resolução de seus problemas;
> b) possui elevada capacidade de mobilização;
> c) tem pleno conhecimento de seus direitos;
> d) sua participação é intensa nos espaços e fóruns representativos, disponibilizados para o aperfeiçoamento das políticas públicas (conselhos locais e regionais, assembleias);
> e) garante a subsistência por meio de iniciativas próprias;
> f) vivencia processos participativos diversos e consistentes;
> g) constitui-se num elemento ativo e determinante do seu próprio desenvolvimento;
> h) busca soluções simples e adaptações aos recursos e condições de vida disponíveis no ambiente;
> i) seus valores locais são recuperados e preservados, e os conteúdos desses valores vêm a ser difundidos amplamente através da própria linguagem comunitária;

j) possui forte organização comunitária e de autogestão;
l) tem uma rede social atuante, formada por grupos sociais ativos;
m) demonstra possuir elevada vocação produtiva;
n) é dotada de alto grau de sensibilização para as questões culturais, sociais, econômicas e ambientais;
o) demonstra elevada capacidade de gestão, o que se reflete no número, na natureza e no desempenho das organizações sociais atuantes na região.

Além de haver uma comunidade comprometida, o poder público deve ser visionário, comprometido e mantenedor do desenvolvimento sob o cunho socioeconômico interlaçado com o socioambiental.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988[1] expressa no art. 23 o conjunto de competências administrativas comum do poder público, elencando que algumas competências englobam proteger e preservar o meio ambiente. Inclusive determina a fixação de normas que gerem a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios para manter e proporcionar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em nível nacional.

Ainda, o art. 24 do texto constitucional[2] menciona a competência concorrente para

[1] BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.
Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.
Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

[2] BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
II - orçamento;
III - juntas comerciais;
IV - custas dos serviços forenses;
V - produção e consumo;
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

legislar sobre variadas matérias, dentre essas, legislar sobre o direito urbanístico, florestas, caça, pesca, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição, proteção ao patrimônio histórico, paisagístico dentre outros. Por mais que o caput do artigo refere-se à competência da União, Estados e Distrito Federal, não mencionando expressamente os municípios, isso não quer dizer que os exclui; mas sim, em matéria ambiental, vários doutrinadores entendem que a competência do município é em comum com a União e com o Estado e tem competência legislativa suplementar.

Em resposta disso, Milaré (2014, p. 214) reforça que a "União legislará e atuará em face de questões de interesse nacional, enquanto os Estados o farão diante de problemas regionais, e os municípios apenas diante de interesse estritamente local".

Nesse diapasão, Bosselmann (2015) sintetiza que o Estado (União, Estados, municípios) como um todo detém a autoridade central de governar, e deste poder emergem outras peculiaridades, principalmente quando interligadas com o meio ambiente, necessitando desenvolver o senso de prevenção, precaução, preocupação e responsabilidade ambiental, surgindo o dever de proteger o meio ambiente. Desse modo, o autor defende que o meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum da humanidade, e o Estado (União, Estados, municípios) tem um papel fundamental de curador do meio ambiente.

Embora Bosselmann (2015) acredita que esse papel de curadoria ambiental do Estado pode parecer utópico, ele compreende que

> o raciocínio por traz dele é certamente mais realista que o raciocínio do pensamento atual de soberania do Estado. No papel de soberano e curador do meio ambiente, o Estado não perde sua soberania, mas a promove fatual e moralmente. (BOSSELMANN, 2015, p. 217).

Todavia, como preceitua a própria legislação, cumpre deixar claro que além do poder

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
XI - procedimentos em matéria processual;
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
XV - proteção à infância e à juventude;
XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

público, a sociedade tem o poder, dever e reponsabilidade quanto ao cuidado com a questão ambiental. O poder público atua no cuidado em favor da coletividade, da grande esfera pública e a sociedade na esfera dos interesses menores e particulares, contudo, sincronizados com o bem em comum de todos e para todos.

AÇÕES DE COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL E O COMPROMISSO AMBIENTAL QUE EMANA DO PODER PÚBLICO

O ser humano desde o início da civilização faz o uso do meio ambiente sem distinção e sem preocupação com o cuidado deste. Desse modo, Harari (?) salienta que o ser humano sempre extraiu recursos do meio ambiente, despejando lixo e veneno em demasia, alterando toda a biosfera, o equilíbrio ecológico e principalmente causando mudanças climáticas – que acaba se tornando a maior ameaça atual.

Assim, Harari (2018, p. 111) aduz que:

> Governos podem taxar emissões de carbono, adicionar custos de externalidades ao preço do petróleo e do gás, adotar regulamentos ambientais mais rigorosos, cortar subsídios de indústrias poluentes e incentivar a mudança para energia renovável. Podem também investir mais dinheiro na pesquisa e no desenvolvimento de tecnologias revolucionárias ecologicamente corretas, [...].

Nessa perspectiva, Amado (2019) compreende que os governos, o poder público em si detém um grande potencial capaz de gerar transformações significativas em prol do meio ambiente.

Assim, Barata; Kligerman e Gomez (2007) salientam que o poder público, bem como as instituições e as empresas públicas, tem a missão direta de promover o bem-estar da sociedade e deveriam ser as precursoras para tomar a iniciativa e implantar um sistema eficiente de gestão ambiental. Pensar e efetivar essas iniciativas transformando-as em instrumentos capazes de melhorar o desempenho ambiental repercutiria numa série de vantagens econômicas, como exemplo, a redução de custos; diminuição das chances da incidência de ônus imprevisível e indesejável; minimizaria o surgimento de catástrofes devastadoras; enfim, seriam muitas as vantagens se os órgãos do poder público, da administração pública assumissem o verdadeiro compromisso de zelar pela preservação, conservação e manutenção dos recursos naturais juntamente com a qualidade e preservação do meio ambiente.

Como essa necessidade real de se preocupar com o meio ambiente ainda não faz parte da rotina da maioria das pessoas e nem mesmo do poder público, é preciso ligar um alerta para que essa realidade se transforme dando espaço para um cenário diferente, pautado na preservação e manutenção do meio ambiente. Somente a partir da mudança de postura, a partir do momento que o cidadão e principalmente o poder público realocarem as

prioridades e realmente se comprometerem com o cuidado ao meio ambiente será possível vislumbrar mudanças efetivas e positivas. O poder público necessita reestrurar-se e criar alternativas para mudar o contexto atual desestruturado e fragilizado, sendo o percursor de medidas e de ações que incentivem todos os cidadãos a buscar mudanças que revertam à realidade ambiental.

Nessa linha, Amado (2019) traz várias considerações quanto a esta reestruturação do poder público que começa com pequenos gestos e vai ampliando medidas. Assim, o autor destaca que o caminho deve ser iniciando pela inovação da adoção de

> novos conceitos e critérios nas compras públicas e exercer sua responsabilidade como grande consumidor, principalmente pelo poder de compra e análise dos possíveis impactos relacionados, o poder público pode impulsionar o desenvolvimento nacional sustentável. Pode induzir e ampliar a oferta de produtos mais sustentáveis no mercado. Além de impulsionar o consumo sustentável, os governos podem fomentar a inovação, desempenhando um papel importante de desenvolvimento e disseminação de novas tecnologias, (AMADO, 2019, p. 988).

É importante ressaltar que Amado (2019, p. 988) orienta e explicita a importância não somente do papel fundamental diante do fomento mercadológico inovador, com o intuito mais sustentável, mas é importante dar ênfase e se preocupar com "educação, mobilização e conscientização da sociedade de um modo geral". Não cabe focar apenas no poder público - óbvio que este detém maior controle e poder de 'persuasão', mas a população não deve ser deixada de lado.

Em busca pela inovação, Santos (2017) salienta a mudança começa pela saída da zona de conforto, além da reformulação do sistema atual preexistente. O poder público deve ter a capacidade de sintetizar o ônus e o bônus que toda mudança gera, porém, essa mudança é imprescindível, devendo haver ruptura de padrões antigos e fixados por um novo padrão, mais benéfico, mais adequado e extremamente necessário, mudanças que devem ser trabalhadas no ente publico para sensibilizar e espraiar dentro da sociedade.

Amado (2019) salienta que as mudanças devem ocorrer em prol de um desenvolvimento nacional saudável e sustentável. Assim, o autor explicita a importância da Agenda Ambiental da Administração Pública, conhecida como A3P, que é conhecida como

> um programa que busca incorporar os princípios da responsabilidade socioambiental nas atividades da administração pública, através do estímulo a determinadas ações que vão, desde uma mudança nos investimentos, compras e contratação de serviços pelo governo, passando a sensibilização e capacitação dos servidores, pela gestão adequada dos recursos naturais utilizados e resíduos gerados, até a promoção da melhoria da qualidade de vida no meio ambiente de trabalho, (AMADO, 2019, p.1002).

Nessa perspectiva, Amado (2019) complementa que a A3P tem o objetivo central pautado na sensibilização dos gestores públicos quanto à importância ambiental, e tem o intuito de estimular estes a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental no dia a dia, em todas as atividades de rotina, incentivando para que adotem práticas sustentáveis.

Sendo assim, a A3P elenca responsabilidade e tem vários objetivos, sendo que o maior desafio consiste na concretização do que é idealizado em algo que se concretize e se torne sólido, pois, como bem-dito a mudança exige uma postura prática e atitudes diferentes.

> A A3P é um programa de intenções. Ele motiva e oferece condições para que a administração pública, em todas as instâncias de governo, federal, estadual ou municipal, reflita, debata, e por fim, adote iniciativas visando a sustentabilidade. A A3P atua para que a administração pública implemente uma política de Responsabilidade Socioambiental na forma de programas e projetos adequados ao órgão. Enquanto postura de governo, a A3P sugere aos órgãos públicos que implementem uma agenda que contemple determinadas diretrizes socioambientais, organizadas em seis eixos temáticos:
> 1- Uso racional dos recursos naturais e bem públicos
> 2- Gestão adequada dos resíduos gerados
> 3- Qualidade de vida no ambiente de trabalho
> 4- Sensibilização e capacitação do servidor
> 5- Licitações sustentáveis
> 6- Compras sustentáveis. (AMADO, 2019, p. 1003).

De tal maneira, é importante esclarecer que Amado (2019) considera que os eixos temáticos acima mencionados, retratem e elevem o poder público a um patamar de modernidade, preocupado na eficiência de como oferece os serviços à comunidade/coletividade e com a qualidade e bem-estar das pessoas que prestam estes serviços. Além do mais, salienta-se que a A3P deve ser vista como mecanismo e instrumento de transformação do poder público pautado na adoção da sustentabilidade socioambiental, repercutindo efeitos nítidos e positivos para a coletividade.

Nesse passo, é imprescindível destacar que os entes públicos que desejam implementar a A3P devem primeiramente:

> A) Criar uma comissão gestora, conforme modelo que a instituiu no Ministério do Meio Ambiente;
> B) Promover o diagnóstico que revele a situação ambiental do órgão nos seis eixos da A3P:
> 1) levantamento do consumo de recursos naturais;
> 2) levantamento dos principais bens adquiridos e serviços contratados pela instituição;
> 3) levantamento das obras realizadas;

> 4) levantamento das práticas de descarte adotadas pela instituição
> 5) levantamento de práticas ambientais já adotadas, principalmente com relação ao descarte de resíduos;
> 6) levantamento das necessidades de capacitação, entre outras, conforme decisão da Comissão gestora.
> C) Elaborar um Plano de Gestão Socioambiental, que deve contemplar objetivos gerais e específicos, responsabilidades, prazos, medidas de monitoramento e recursos disponíveis;
> D) Deverá ser promovida a capacitação de servidores;
> E) Promover a avaliação do projeto, a fim de criação de um sistema de avaliação do Plano de Gestão Sustentável pela Comissão Gestora, (AMADO, 2019, p. 1006-1007).

Segundo Araújo; Ludewigs e Thomas (2015) os desafios são muitos e ainda se tem um longo caminho pela frente para que a A3P venha a integrar a responsabilidade socioambiental dentro das decisões estratégicas e faça parte do planejamento das organizações públicas. Para os autores, a A3P é inovadora e retrata as demandas de responsabilidade ambiental que são emergentes, e contextualizada no poder público, ela se demonstra como uma proposta vanguardista e com grandioso potencial para se tornar diretriz de gestão nas esfera pública; porém o maior desafio em consolidar a A3P está relacionado com a disponibilidade de investimento a longo prazo, após superar esse desafio será possível vislumbrar o desenvolvimento sustentável pautado na contribuição de todos e na capacidade de estimular e perpetuar o compromisso duradouro da administração pública com a responsabilidade socioambiental.

Ainda, quanto a A3P, vale consignar a importante colação que Amado (2019) lança em relação à adoção a política dos 5Rs – repensar, reduzir, reaproveitar, reciclar e recusar; repensando a necessidade de consumo e quais padrões estão sendo adotados tanto de produção bem como de descarte; reduzindo os desperdícios de modo generalizado, consumindo apenas os produtos necessários e de modo consciente; reaproveitar o que estiver bom, criando algo novo a fim de utilizar de maneira diferente o produto que seria descartado; reciclando, ou seja, transformar o produto usado em outra matéria prima e por fim, recusar o consumo desnecessário e produtos que vão ocasionar danos ambientais potencialmente significativos.

É importante o poder público por meio dos seus administradores e a própria sociedade se sensibilize e de fato conheça os 5Rs colocando-os em prática. Pequenas atitudes proporcionam um ganho imensurável à sociedade, e essa mudança de atitude gera uma tendência que inspira cada vez mais pessoas a adotarem hábitos mais conscientes visando o cuidado e proteção com o meio ambiente. Obviamente toda mudança é gradativa e cada vez que o cidadão se sente corresponsável e detentor do dever de cuidar e manter a qualidade socioambiental, a sociedade ganha com isso, maximizando boas práticas, dando exemplo a outras pessoas, além de aumentar as chances de cobrar mudanças de postura de outros cidadãos e do próprio ente público.

Nesse aspecto, Silva e Silva Junior (2017) apontam que a responsabilidade que o

poder público tem na sensibilização, na conscientização e na indução de mecanismos de proteção no âmbito ambiental, fará toda a diferença na sociedade e reforçam a relação indissociável do homem e meio ambiente. Desse modo, os autores compreendem que quanto mais engajado o poder público estiver com as ações ambientais, mais eficiente e sustentável serão os sistemas operacionais dentro e fora do próprio poder púbico, sendo possível perceber avanços significativos dentro da sociedade que ruma para o desenvolvimento sustentável, mudando o cenário social e econômico, repercutindo positiva e indiretamente em toda a convivência entre sociedade e governantes.

DESAFIOS DO DIREITO EM RELAÇÃO AO MEIO AMBIENTE E A POSTURA DO ENTE PÚBLICO E DA COLETIVIDADE FRENTE ÀS MUDANÇAS ESPERADAS

De acordo com o atual cenário ambiental, Pereira *et al* (2015) compreendem que é necessário que haja metas definidas e estruturadas através de um planejamento e de um acompanhamento periódico por meio do poder público, pois a sustentabilidade e o compromisso socioambiental são de extrema importância para a sociedade e devem ser conduzidos de modo célere e responsável a fim de concretizar resultados transformadores e positivos a curto, médio e longo prazo.

Nessa linha, Milaré (2014) afirma que quanto mais consciente estiver o poder público e a coletividade, será possível fazer avançar a sociedade em um patamar socioambiental diferenciado e que, por consequência, produzirá resultados duradouros, revertendo o atual cenário devastado do planeta.

É perceptível que as ações ambientais dentro do atual cenário que emerge e clama por mudanças devem ser de iniciativa do poder público e repercutir dentro da sociedade. Assim, Amado (2019) assevera que a União se destaca como atuante em relação à questão ambiental, principalmente nas licitações e compras sustentáveis; todavia, quanto à administração pública estadual e municipal, percebe-se que são mínimas as práticas sustentáveis.

Em *stricto sensu*, a atuação, o poder-dever e a responsabilidade que tange toda a esfera ambiental, não se presume somente a União, ao Estado ou ao Município, ao mesmo tempo em que cada ente tem sua responsabilidade, ambos têm uma responsabilidade solidária, compartilhada, pois o Direito ambiental trata de direitos difusos, e preserva o direito de todos, sem distinção.

Conforme pontua Milaré (2014), a condução para uma gestão ambiental eficaz em qualquer esfera, tanto na pública como no particular, decorre de uma metodologia estruturada e ferramentas adequadas a fim de conduzir um planejamento assertivo que na prática seja contínuo e progressivo, que se renova e se atualiza, além de mobilizar o próprio poder público e a coletividade para alcançar seus intentos.

> Como bem difuso e de uso coletivo, o meio ambiente é impessoal e não pode gerir-se por si mesmo, ele carece de proteção. A salvaguarda lhe vem do

> Poder Público, seu tutor qualificado, já que se trata de patrimônio público. É oportuno relembrar que a tutela administrativa, em muitos casos, encontra ressonância e reforço na Ética e na Moral. Desde as mais remotas culturas e civilizações, exercer a tutela era uma forma de administrar a justiça e velar pelos fracos e indefesos. Em se tratando do meio ambiente, esta observação é plenamente válida, seja pela natureza do bem tutelado e sua fragilidade ecológica, seja em função do interesse e dos aspectos sociais que acompanham a ação tutelar, (MILARÉ, 2014, p. 638).

Os desenvolvimentos econômicos e ambientais são necessários e imprescindíveis. A partir dessa busca aumenta a responsabilidade e a sensibilização do poder público e de cada cidadão em mudar atitudes e propiciar medidas positivas capazes de minimizar impactos ambientais e reverter o cenário atual. Nesse compasso, Sen (2011) acredita que o ajuste de comportamento humano e discussões públicas podem e devem proporcionar mudanças significativas. Cada cidadão tem o poder, o dever e o compromisso de racionalizar sobre os próprios erros e tentar não repeti-los.

Ademais, Milaré (2014) salienta que todos os órgãos do poder público devem estabelecer critérios proativos e críticos, assumindo decisões políticas e ambientalmente corretas. Planos, programas devem ser postos em prática. Ainda, para o autor, o maior desafio talvez esteja na efetividade de vários programas existentes implementados, cujo não tem plena palpabilidade e existência prática, se concretizando apenas no papel, sem um cumprimento eficaz e visível no mundo fático.

> Este é, sem dúvida, um belo desafio para o poder público e para a gestão ambiental. E se trata de um desafio revestido do caráter de urgência das decisões político-administrativas verdadeiramente sábias, porquanto nenhum comandante ou estrategista deve partir para a luta com a aceitação antecipada ou suposta da derrota, (MILARÉ, 2014, 671).

De acordo com Sen (2010) o uso das tecnologias pode favorecer a sociedade e assim deve ser empregada. A responsabilidade pelo bem-estar deve ser mútua e recíproca, o poder público e cada cidadão devem estar mutuamente engajados em mudanças que impulsionem para o desenvolvimento sustentável. Desse modo, "o senso de responsabilidade ecológica é parte de uma nova tendência que transpõe teoria e prática", (SEN, 2010, p. 66). A partir do momento que o ser humano desenvolve a capacidade de pensar, valorizar e agir, será possível conceber o cidadão como agente, em vez de meramente recipiente, tornando as discussões ambientais mais críticas e ampliando o entendimento da real situação socioambiental.

Nessa perspectiva, Guimarães e Camargo (2011) afirmam que o contexto público político exige novos atores que levem em conta a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a qualidade de vida; sendo assim, a intervenção do poder público e a ação decisiva do Estado (União, Estados e municípios) em regular e regulamentar a gestão socioambiental

com regras claras e transparentes é imprescindível e se mostra essencial para efetivar a demanda desse segmento. Para os autores, propiciar a sustentabilidade institucional, canais que facilitem a interlocução entre sociedade e Estado; legitimidade e garantia na participação da construção das políticas públicas e continuidade destas; ações e instrumentos jurídicos claros e efetivos; sustentabilidade dos recursos humanos; criação de salvaguardas contra a descontinuidade por meio de colegiados, responsabilizando e gerando comprometimento dos tomadores de decisões; avaliar periodicamente os impactos das politicas públicas efetivadas, dentre outras medidas que envolvem a autuação do poder público, de cada pessoa, da sociedade em si, exige além da persistência, a inovação e o ativismo.

Ainda, Guimarães e Camargo (2011) compreendem que os desafios são vários, mas deve preponderar à importância e a fragilidade que o meio ambiente tem diante da sociedade e para todo o contexto social, econômico, ecológico e ambiental, estas devem ser as motivações a serem levadas em conta e sopesadas na busca e na luta por um Estado de Direito e de justiça sensibilizado e comprometido com o cuidado, com a preservação e a manutenção socioambiental.

Nesse viés, Sen (2011) ressalta que o desenvolvimento do meio ambiente é fundamental, contudo, não se trata apenas de preservação mas da busca ativa, no poder de intervir com eficácia e com raciocínio, e tudo isso começa com ações que mudam o cenário e fomentem

> a disseminação da educação escolar e as melhorias em sua qualidade podem nos tornar ambientalmente mais conscientes. Uma melhor comunicação e uma mídia mais ativa e bem informada podem nos tornar mais conscientes da necessidade de pensar com orientação ambiental. (SEN, 2011, p. 283).

Desse modo, é importante que se haja iniciativa e participação efetiva nas questões e ações ambientais por parte do poder público, assim, Sen (2010) enfatiza que o maior desafio é o fortalecimento do comprometimento e do processo de participação, não sendo uma causa insignificante, onde poder público e instituições devem desempenhar um papel inspirador e transformador, juntamente com o esforço compromissado de cada cidadão, de Ongs e da mídia.

Todo o contexto que envolve a atuação do poder público em si vai além dele, pois envolve a atuação também de cada cidadão, exigindo mudança de postura no modo de agir e pensar e além do mais, exige efetivamente o comprometimento em fazer acontecer, em perfectibilizar uma mudança significativa capaz de demonstrar e promover uma onda positiva, resignificando o cenário socioambiental atualmente fragilizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cuidado com o meio ambiente além de importante é imprescindível. Cada cidadão

tem o compromisso de manter a proteção e ser responsável frente às questões ambientais, mas, o poder público tem o papel primordial de efetivar a legislação vigente, fiscalizar, criar políticas públicas entre outras atividades que fomentem a proteção e a minimização dos impactos ambientais.

A conscientização e a utilização dos recursos naturais deve se pautar nos princípios ecológicos a fim de propiciar uma vida digna para todo o ser vivo, onde o interesse econômico não prevaleça sobre o interesse de sobrevivência da sociedade e do próprio planeta em si. Compatibilizar a questão ambiental com o avanço e o desenvolvimento pressupõe considerar os problemas gerados ao meio ambiente dentro de um planejamento minucioso e adequado às exigências de ambos, observando a inter-relação em cada cenário político, econômico, sociocultural e ambiental.

O meio ambiente é um direito de todos e ao mesmo tempo ele é indivisível, transindividual. A partir da pesquisa, conclui-se que diante do panorama até aqui exposto, à realidade ambiental é mutante, evolutiva e merece a atenção de todo o cidadão em especial do poder público, haja vista este deter poderes, voz para se pronunciar e fazer acontecer.

Como o poder público detém poderes exclusivos conferidos a si mesmo, cabe fazer o uso de todas as artimanhas para se adequar e fazer efetivar os princípios, premissas, normas e tudo oque estiver ao alcance e que venha somar positivamente ao contexto socioambiental.

A partir da pesquisa, resta claro que os desafios são multifacetados, contudo, não são infinitos, e diante disso devem prevalecer os princípios e a real significância de que o meio ambiente e a questão socioambiental tem importância e não devem ser deixados de lado, devendo assumir um posto primordial e prioritário. Desse modo, o poder público deve ser responsável e assumir o compromisso com o cuidado, a preservação e cumprir com todas as agendas e medidas de proteção ao meio ambiente, fazendo valer as leis vigentes e se necessário readequá-las para que garantam maior tutela, maior efetividade, perpetuando boas ações e tendo o comprometimento de zelar pela qualidade e preservação socioambiental para a atual e para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental.** 10. ed. Ver., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARAÚJO, Carolina Lopes; LUDEWIGS, Thomas; CARMO, Eliane Almeida do. **A agenda ambiental na administração pública: desafios operacionais e estratégicos.** Disponível em: file:///D:/Dados%20PC/Downloads/2554-Texto%20do%20artigo-23827-1-10-20151005.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

BARATA, Martha Macedo de Lima; KLIGERMAN, Débora Cynamon; GOMEZ, Carlos Minayo. **A gestão ambiental no setor público: uma questão de relevância social e**

econômica. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000100019#:~:text=A%20gest%C3%A3o%20ambiental%20na%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica&text=Visa%20a%20colocar%20as%20empresas,de%20servi%C3%A7os%20dos%20%C3%B3rg%C3%A3os%20governamentais. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

BOSSELAMNN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade:** transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Talden. **Uma perspectiva constitucional do conceito de meio ambiente.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-07/ambiente-juridico-perspectiva-constitucional-conceito-meio-ambiente. Acesso em 19 jul. 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21**. Tradução Paulo Geiger. Companhia das Letras, 2018.

GUIMARÃES, Ana Paula Fonseca Valadares; CAMARGO, Serguei Aily Frando de. **Consumo e sustentabilidade: um desafio para a administração pública.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/consumo-e-sustentabilidade-um-desafio-para-a-administracao-publica/. Acesso em 19 jul. 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, João Paulo; MARCOMINI, Gilson Rogério; BENEDITO, Camila ZAZINI, PEREIRA, Roselaine Ferreria Rodrigues; GONÇALVES, Mônica Maria. **O desafio da sustentabilidade na administração pública.** Disponível em: http://revistapensar.com.br/administracao/pasta_upload/artigos/a113.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.

SANTOS, José Carlos Mota dos. **Desafios da implementação da agenda ambiental na**

administração pública (A3P): O caso da Pernambuco participações e investimentos S/A. Disponível em: file:///D:/Dados%20PC/Downloads/2802-12624-1-PB.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

SILVA, Irene Aparecida dos Santos da; SILVA JUNIOR, Igor Pereira da. **Agenda ambiental da administração pública**: uma análise da aplicabilidade da gestão do uso racional dos recursos naturais e bens públicos. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/11938/1/Igor_Irene_AC.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 5º Reimpressão. São Paulo: Companhia de Letras, 2011.

SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzemberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

O ESTUDO DO MEIO AMBIENTE A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR: SOCIEDADE, AMBIENTE, ECONOMIA

Thaís Maciel de Oliveira[1]
Noli Bernardo Hahn[2]

RESUMO: Através de uma abordagem crítico-dialética o estudo visa debater acerca da questão ambiental e a evolução da consciência ambiental nacional e mundial. Por meio da pergunta como pensar a consciência ambiental no século XXI, objetiva-se desenvolver a critica frente as diversas condicionantes dos sujeitos e a lógica do mercado. Desse modo, a partir de um estudo do meio ambiente numa perspectiva multidisciplinar é caracterizado o meio ambiente como uma questão dinâmica, histórica e estrutural. A casa comum representa um enorme contexto de recursos que são administrados pela família humana. Assim, a morada comum possui dimensões ecológicas, econômicas e sociais. Essa tridimensionalidade simbólica do espaço humano habitado revela a complexidade do ecossistema terrestre.

Palavras-chave: Consciência Ambiental. Direito ambiental. Multidisciplinaridade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por abordagem epistemológica o objetivo de debater acerca da consciência ambiental brasileira e mundial. Assim, através da abordagem crítica-dialética a finalidade da pesquisa se concentra em desenvolver a consciência ambiental face o objetivo de libertar os sujeitos de uma lógica condicionantes e excludente.

Pelo exposto, a partir de um estudo do meio ambiente numa perspectiva multidisciplinar, tem-se que a questão ambiental é dinâmica, dialética, histórica e estrutural. Nesse sentido, não atribui ao conceito de meio ambiente uma ideia de espaço, mas o conjunto de relações entre fatores vivos e não vivos, responsáveis pela regência de todas formas de vida. Nesse ponto, a compreensão de meio ambiente é biocêntrica e ecocêntrica, pelo fato de não considerar o homem como algo distinto da natureza.

[1] Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Pesquisadora bolsista da CAPES, advogada. *E-mail:* adv.thaismaciel@gmail.com

[2] Docente, Advogada, Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Cursando Licenciatura em Filosofia pela UNINTER*; E-mail* – joiciantonia@yahoo.com.br

Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Pós- Doutorando na Faculdades EST, em São Leopoldo. Professor Tempo Integral da URI, Câmpus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera, junto com o professor Dr. André Leonardo Copetti Santos, o Grupo de Pesquisa Novos Direitos na Sociedade Complexa. Pesquisa temas relacionando Direito, Cultura e Religião. orcid.org/0000-0003-2637-5321. E-mail: nolihahn@santoangelo.uri.br

Dessa forma, diante de um critério de uma práxis emancipadora o estudo propõe um pensar social, ambiental e econômico a partir de sua multidisciplinaridade. Através da questão como pensar a consciência ambiental no século XXI privilegia-se estudos, experiências que cinjam o contexto social e a relação dinâmica entre sociedade e natureza. Por derradeiro, a consciência ambiental surge da insensibilidade da humanidade, responsável pela sua própria auto exploração.

O ESTUDO DO MEIO AMBIENTE NUMA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR

Edis Milare inicia sua obra "Direito do meio ambiente" argumentando como o conhecimento da visão do meio ambiente é fragmentado. O autor parte de uma abordagem complexo paradoxal para dialogar sobre o meio ambiente, assim, tem-se que a questão ambiental é dinâmica, não linear, ambígua e ambivalente (MILARE, 2021, p. 30). A lei 6.938 de 1981 foi pioneira no Brasil em estabelecer o conceito de meio ambiente. No art. 3º a lei da Política Nacional do Meio Ambiente atribui a compreensão do meio ambiente como aquilo que envolve, entorno. Nesse sentido, não atribui ao conceito de meio ambiente uma ideia de espaço, mas o conjunto de relações entre fatores vivos e não vivos, responsáveis pela regência de todas formas de vida. Nesse ponto, a compreensão de meio ambiente é biocêntrica e ecocêntrica, pelo fato de não considerar o homem como algo distinto da natureza.

Por derradeiro a própria compreensão de meio ambiente tem uma natureza multidimensional. A casa comum, a "oikos" representa um enorme contexto de recursos que são administrados pela família humana. Assim, a morada comum possui dimensões ecológicas, econômicas e sociais. Essa tridimensionalidade simbólica do espaço humano habitado revela a complexidade do ecossistema terrestre. A dimensão ecológica retrata a organização dos seres naturais e suas relações. A economia é responsável pela administração desses recursos naturais, como o cuidado com a casa comum. Pelo exposto, o meio social se caracteriza pela relação com a própria casa, com a finalidade de conservar a morada para as gerações futuras.

Como dito, a tridimensionalidade caracteriza o espaço humano e todas formas de vida que nele habitam, a partir de sua existência autônoma. Jung Mo Sung e Josué Cândido da Silva argumentam no livro Falando sobre ética e sociedade (2011) que os valores cultuados pelas sociedades estão ligados à questão da moral. Logo, os bons costumes são sinônimos da moral reconhecida pela sociedade. Já os questionamentos, a desconfiança com essa moral reconhecida, o questionamento referente à validade de determinadas normas ou valores compreende-se como a ética. Na origem etimológica, mos ou mores, vem do latim significando costume, conjunto de normas adquirido por práticas culturais. Já a Ética, vem do grego, ethos, derivando o modo de ser ou caráter como valores apreendidos:

> Moral vem do latim mos ou mores, costume ou costumes, no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. A moral se refere, assim, ao comportamento adquirido ou modo de ser conquistado pelo

> homem. Ética vem do grego ethos, que significa analogamente modo de ser ou caráter enquanto forma de vida também adquirida ou conquistada pelo homem. (VÁZQUEZ, 2017, p. 24).

Assim, ética e moral possuem compreensões e valores diferentes, enquanto a moral geralmente relaciona-se aos comportamentos enraizados pelos costumes, a ética parte de uma reflexão teórica sobre determinado sistema moral. Desse modo, a ética surge como uma manifestação e reflexão sobre os valores vigentes de uma dada sociedade. Logo, a ética é o desenvolvimento de uma consciência crítica, é o estranhamento frente a verdades dadas e postas; é investigação, é questionamento, é reflexão, é explicação de:

> Um tipo de experiência humana ou forma de comportamento dos homens, o da moral, considerando porém na sua totalidade, diversidade e variedade. O que nela se afirme sobre a natureza ou fundamento das normas morais deve valer para a moral da sociedade grega, ou para a moral que vigora de fato numa comunidade humana moderna. É isso que assegura o seu caráter teórico e evita sua redução a uma disciplina normativa ou pragmática. O valor da ética como teoria está naquilo que explica, e não no fato de prescrever ou recomendar com vistas à ação em situações concretas. (VÁZQUEZ, 2017, p. 21).

A partir do exposto, a ética é uma importante reflexão entre o é e o que deveria ser. A ética expressa uma importante compreensão "entre o ser e o dever-ser". Assim, o termo injustiça parte de um questionamento ético, o termo injustiça parte do que é e do que deveria ser, parte de um estranhamento com os valores morais enraizados, parte de um juízo ético com a realidade vigente. Desse modo, a indignação ética significa o ato de rebelar-se diante de uma situação desumana ou injusta. Tal indignação é fruto de uma consciência crítica frente ao comportamento moral. Moral que, como construção de valores, é histórica e social, é produto da mente humana. Por conseguinte:

> O comportamento moral não é a manifestação de uma natureza humana eterna e imutável, dada de uma vez para sempre, mas de uma natureza que está sempre sujeita ao processo de transformação que constitui precisamente a história da humanidade. A moral, bem como suas mudanças fundamentais, não são senão uma parte desta história humana, isto é, do processo de autocriação ou autotransformação do homem que se manifesta de diversas maneiras, estreitamente relacionadas entre si: desde suas formas materiais de existência até as suas formas espirituais, nas quais se inclui a vida moral. (VÁZQUEZ, 2017, p. 28).

Em suma, a moral regula o comportamento dos indivíduos como forma de organização social, como processo de socialização. Dessa forma, todas as ações têm motivações, muitas vezes inconscientes ou automáticas, decorrentes da internalização de

valores considerados como corretos para uma dada coletividade. Logo, a compreensão do bom e do mau é fruto de um julgamento social padronizado. Consequentemente, a linha divisória que marca o certo e o errado na convivência social está relacionado a interesses comunitários, sociais, vinculado a quem manifesta o poder.

ABRINDO AS CORTINAS PARA O CENÁRIO DA QUESTÃO AMBIENTAL

Papa Francisco no seu livro "Laudato Si" apregoa que a humanidade se encontra diante de uma encruzilhada frente o poder da tecnologia. A falta de cuidado com a casa comum acaba deflagrando em deterioração de qualidade de vida, na perda da biodiversidade, na degradação ambiental e na desigualdade planetária. A degradação ambiental afeta não apenas a natureza, mas toda vida humana, individual e social; afeta todas as dimensões da vida humana, como a própria economia e política. Nesse paradigma:

> Sobressai uma concepção do sujeito que progressivamente, no processo lógico-racional, compreende e assim se apropria do objeto que se encontra fora dele. Tal sujeito desenvolve-se ao estabelecer o método científico com a sua experimentação, que já é explicitamente uma técnica de posse, domínio e transformação. É como se o sujeito tivesse à sua frente a realidade enforme totalmente disponível para a manipulação. Sempre se verificou a intervenção do ser humano sobre a natureza, mas durante muito tempo teve a característica de acompanhar, reforçar as possibilidades oferecidas pelas próprias coisas; tratava-se de receber o que a realidade natural por si permitia, como que estendendo a mão. Mas, agora, o que interessa é extrair o máximo possível das coisas por imposição da mão humana, que dente a ignorar ou esquecer a realidade própria do que tem à sua frente. Por isso, o ser humano e as coisas deixaram de se dar amigavelmente a mão, tornando-se controversas. Daqui se passa facilmente à ideia de um crescimento infinito ou ilimitado, que tanto entusiasmou os economicistas, os teóricos da economia e da tecnologia. Isto supõe a mentira da disponibilidade infinita dos bens do planeta, o que leva A espreme-lo até o limite e para além do mesmo. Trata-se do falso pressuposto de que uma quantidade ilimitada de energia e de recursos a serem utilizados, que a rua regeneração é possível de imediato e que os efeitos negativos das manipulações da ordem natural podem ser facilmente absorvidos. (FRANSCISCO, 2016, p. 87-88).

Com efeito, a crise ambiental é uma das consequências da Modernidade, da racionalidade antropocêntrica da modernidade e do pensamento que os recursos naturais eram infinitos. A modernidade marcou o início da valorização do indivíduo e do racionalismo científico, avançando em termos industriais de desenvolvimento em prol os recursos naturais. Desse modo, o processo de modernização apoiou-se na racionalidade mercadocêntrica para guiar o crescimento econômico e tecnológico em prol das liberdades individuais e no interesse privado. Por conseguinte, com o avanço desenfreado da degradação ambiental "vários alertas foram soados", como o incêndio no navio cargueiro

no Texas (EUA), SS Grandcamp em 1947 e a contaminação por mercúrio que ficou conhecida como "doença de Minamata" no Japão, na cidade de Minamata em 1956. As vozes humanas em prol das vidas perdidas exigiam uma mudança de paradigma frente às consequências dos problemas ambientais. Nesse ponto, a crise ambiental veio:

> Questionar a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico, negando a natureza. A sustentabilidade ecológica aparece assim como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção. (LEFF, 2015, p. 15).

Diante da problemática ambiental e do agravamento das desigualdades sociais, foi consagrado em 24 de abril a 26 de abril de 1954, na conferência de São Francisco, a Carta das Nações Unidas – ONU, carta direcionada a princípios pacifistas e cuidados com a casa comum, a partir de um viés de direitos humanos. Nesse sentido, a consciência ambiental surge na segunda metade do século XX, diante do silêncio ensurdecedor das consequências da degradação ambiental, servindo como marco denunciador o livro de Raquel Carson "Primavera Silenciosa" em 1962. Nessa obra, a primeira a detalhar aspectos do uso de inseticidas DDT e a contaminação que acarreta na vida humana, Raquel expunha sobre as consequências do uso de agrotóxicos para o meio ambiente e para o ser humano (CARSON, 2010). A autora incentivou o inicio dos debates acerca das consequências dos agrotóxicos na vida humana, se a população, seus alimentos estavam sendo contaminados por inseticidas, os indivíduos tinham o Direito de saber ao quê estavam sendo expostos, tinha o direito de informação.

Cabe salientar que no Brasil um dos marcos denunciadores da problemática ambiental foi à obra do porto-alegrense José Lutzenberger "O fim do futuro? Manifesto ecológico brasileiro" (LUTZENBERGER, 1980). O manifesto foi à primeira obra de cunho ecológico publicado no Brasil em 1976. A crítica de uma moral antropocêntrica e do excessivo consumo de uma sociedade moderna é o cenário do diagnóstico de um futuro sombrio que Lutzenberger faz referência. Lutzenberger chama a atenção para o enfoque da sustentabilidade econômica, propondo a necessidade de descontruir a ordem vigente de exclusão e degradação ambiental frente um ideal ecológico democrático e pluralista.

Dessa forma, a crise ambiental apresenta-se como uma consequência da percepção antropocêntrica de se ver e conceber o mundo. Nesse sentido, a crise ecológica está intrinsicamente vinculada a uma crise de pensamento da consciência Moderna. Em conformidade, a degradação ambiental da natureza aparece:

> Nesta perspectiva como efeito da racionalidade econômica que nega e desconhece a natureza, que tenta reduzir e capitalizar a ordem da vida e da cultura. Esta análise se situa além do psicologismo que vê na destruição da natureza o triunfo do instinto da morte sobre o instinto da vida – de Tânatos sobre Eros. Pois o que o encontro da psicanálise com o saber ambiental descobre não é uma ausência autodestrutiva do ser humano, mas como sua

> pulsão para uma verdade impossível de alcançar o lançou a uma epopeia científica para dominar a natureza, transferir seu insaciável desejo à ordem do econômico, para um horizonte ilimitado de crescimento que lhe é vedado na ordem da cultura pela lei de proibição do incesto. E é neste rodeio que o mal-estar da cultura se converte num processo destruidor da vida e da natureza. (LEFF, 2015, p. 190).

Dessa forma, a década de 1970 marcou o despertar para consciência ecológica face os agravantes enfrentamentos dos problemas ambientais. Década em que a consciência da emergência do colapso ambiental provocado pela concentração indústria urbanização, aumento da renda e consumo resultou na conferencia de Estocolmo em 1972. Contexto em que o Clube de Roma publicou o Relatório de Meadows, indicando um cenário catastrófico para o mundo. O relatório indicou da impossibilidade de um crescimento econômico exacerbado sem se preocupar com os recursos naturais. Nesse sentido, o Relatório de Meadows questiona a dicotomia preservação ambiental versus crescimento econômico alegando que o crescimento econômico precisa dos recursos naturais.

Nesse exposto, a consciência ambiental foi o estopim para primeira Conferência internacional das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, a proposta acatada pela ONU foi realizada na cidade de Estocolmo, com a participação de 113 países e 250 organizações não-governamentais o organismos na ONU, em 1972. A declaração de Estocolmo, como ficou conhecida, resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e a aprovação da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano. Dessa forma, a conferência desencadeou outras conferências, relatórios e tratados ambienteis, incentivando também a criação de órgãos ambientais em muitos países e de Organizações ambientais. A partir da declaração 26 princípios foram edificados para nortear comportamentos e responsabilidades frente à questão ambiental. Principalmente frente à legislação brasileira, a Declaração de Estocolmo foi uma das bases para edificação da Lei nº 6.938 de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), e da redação do art. 225 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem que é uso comum e essencial à qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade a responsabilidade de defende-lo e preservá-lo. A conferência de Estocolmo também influenciou a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (1981), anterior a Constituição Federal. A referida Lei foi uma importante edificação do Direito Ambiental brasileiro sedimentando a compreensão do Direito ao meio ambiente como um direito difuso e coletivo (MILARE, 2021).

Em 1982, após a Conferencia de Estocolmo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA criou a formação de uma Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidido pela Ministra Norueguesa Gro Halem Brundtland. A partir dessa Comissão, em 1987, foi criado o Relatório de Brundtland, na Noruega, também conhecido como o Relatório Nosso Futuro Comum; dando o embasamento para o desenvolvimento sustentável, dando ensejo à necessidade de preservação dos recursos naturais. Com efeito, o relatório de Brundtland aponta para necessidade de aumentar a qualidades de vida para as questões ambientais e a necessidade de da realização de uma

conferência mundial para tratar a temática ambiental. Nesse ponto, deve-se ter em mente que o conceito de desenvolvimento sustentável esta ligado ao ser humano, sociedade e natureza como um todo, ou seja, a ideia de desenvolvimento sustentável este integrado o equilíbrio entre preservação, conservação ambiental; desenvolvimento social; e desenvolvimento econômico. O relatório Nosso Futuro Comum marcou a sedimentação do conceito de desenvolvimento sustentável, enfatizou a degradação ambiental e alertou sobre o problema do aquecimento global. A importância do referido relatoria mostra-se pelo seu efeito revolucionário global, marcou a mudança de paradigmas de líderes mundiais para necessidade de uma nova relação entre o binômio ser humano e natureza (MILARE, 2021).

Cinco anos após o Relatório Nosso Futuro Comum, líderes mundiais estavam presentes na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) em 1992. A Conferência marcou um importante ponto de inflexão na geopolítica global ao abordar uma imensa variedade de questões importantes no cenário ambiental e do desenvolvimento. A "Cúpula da Terra" como ficou conhecida, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro, assumindo pela primeira vez vinculação da temática socioeconômica com a questão ambiental. Consequentemente, a Rio92 ficou considerada um dos eventos mais importantes do mundo por conseguir estabelecer relatórios, documentos, reunindo o maior número de chefes de Estado em uma conferencia destinada ao meio ambiente, salientando o teor da responsabilidade dos países desenvolvimentos pelos danos e problemas ambientais (MACHADO, 2012). A Cúpula da Terra edificou a abertura do diálogo multilateral entre os países. Além dos compromissos concretos assumidos pela Conferencia foi consolidado a compreensão de desenvolvimento sustentável, independente de antagonismos ideológicos. Também foi elaborado passos para construção de uma Carta da Terra, confecção da Agenda 21, elaboração da Declaração do Rio, com 27 princípios e a realização de duas conferências multilaterais; como a Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas globais e a convenção sobre Biodiversidade Biológica.

Nesse sentido, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foi um dos documentos resultantes da Rio 92, fundada no aproveitamento sustentável dos recursos naturais (MILARE, 2021). A Declaração do Rio visa estabelecer um novo estilo de vida na terra através da proteção dos recursos naturas, buscando o desenvolvimento sustentável a partir das melhores condições de vida. Solidariedade socioeconômica e cooperação técnico-cientifica constituem um dos pontos chaves para esse nova racionalidade dos recursos naturais.

Outro documento resultante da conferência da Cúpula da Terra é a Agenda 21. Documento pragmático, envolvendo o desenvolvimento sustentável a partir da participação do ser humano no ambiente terrestre para o século XXI (MILARE, 2021). Abrangendo dimensões econômicas e sociais, a Agenda trata da relação do ser humano com o meio ambiente do ponto de vista social. Dessa forma, a Agenda interliga vários pontos sociais em consonância com o meio ambiente.

Por conseguinte, a Declaração de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável das Florestas também é uma das consequências resultantes da conferência Rio 92. Esse princípio se trata de um documento de um consenso global sobre o desenvolvimento sustentável de

todos os tipos de floresta. Entretanto, essa transformação envolve a necessidade de acordos para ações de conservação. Consequentemente, foi o primeiro documento que tratou da questão florestal de maneira universal.

Nesse ponto, a Convenção da Biodiversidade foi outro acordo mundial gerado através da Rio 92. Consistindo em acordo mundial sobre a variedade de vida em relação aos recursos naturais, a Convenção sobre a Biodiversidade decorre do inadequado gozo dos seres humanos dos seus direitos fundamentais em relação aos recursos naturais, biológicos e genéticos. A CDB tinha por objetivos a utilização sustentável dos recursos biodiversos, permitindo o acesso apropriado aos recursos ambientai e genéticos, estabelecendo critérios de transferência apropriado das tecnologias (MILARE, 2021). De tal forma que os governos se comprometeram a estabelecer financiamentos do ponto de vista de preservação da biodiversidade. A CDB visa preservar a diversidade levando em consideração o custo de oportunidade, significa contabilizar as vantagens da conservação com o uso sustentável.

O agravamento do efeito estufa e as evidências cientificas sobre a mudança significativa do clima foi o estopim para adoção da Conferência-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima em 1992, durante a Cúpula da Terra. Tal Convenção tinha como principal meta a estabilização das emissões de gás carbônico como outros causadores do efeito estufa. O principio adotado pela Convenção que serviu como base para o ato internacional foi a responsabilidade comum, porém diferenciada. Nesse sentido, foi previsto obrigações diferenciadas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. O Brasil ratificou em 1994 a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, sendo promulgada em 1998, porém, apenas em 1999 o governo brasileiro criou a Comissão Internacional de Mudança Global do Clima, para articular ações mais concretas por parte do governo (ANTUNES, 2011).

Frente as continuidades das discussões iniciadas pela Rio 92 e diante do alarmante cenário de degradação ambiental e social, a Cúpula Mundial sobre o desenvolvimento Sustentável Rio 10, foi a forma de dar continuidade aos objetivos da ECO92. A Conferência realizada em Johannesburgo, na África do Sul em 2002, marcou a retomada das discussões iniciadas pela Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano, há 30 anos, em Estocolmo (MILARE, 2021). Mesmo não resultando em grandes mudanças significativas na prática, a dois documentos foram resultados da Rio 10, a Declaração Política indicando um conjunto de diretrizes, posições politicas e reafirmação de princípios adotados pela Rio 92; e o Plano de Implementação constituindo um conjunto de ações multidimensionais necessárias para irradiação da pobreza, e sustentabilidade dos recursos naturais. O Brasil teve uma importante participação na Rio 10, abordando a necessária temática crítica-emancipatória do desenvolvimento sustentável no país.

A Rio 20 foi sediada pelo Brasil, em 2012, na cidade do Rio de Janeiro, ocasião em que foi realizado a Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20, elaborado o documento O futuro que Queremos, contendo a reafirmação de princípios importantes da Cúpula da Terra, a definição da economia verde, e incentivo financeiro para os países subdesenvolvidos, face o almejo do desenvolvimento sustentável (MILARE, 2021). O Brasil coordenou as discussões e teve um papel central no fomento para

um desenvolvimento sustentável socialmente inclusivo; propondo a discussão social em prol de uma racionalidade ambiental, social e econômica. Mesmo havendo vários impasses e desacordos a Conferência consolidou a visão do desenvolvimento sustentável a partir de um olhar multidisciplinar, integrando a compreensão do desenvolvimento sustentável a uma economia mais verde.

Por fim, A Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável foi ocorrida em 2015, em Nova York, estabelecendo metas e objetivos para serem delineados até 2030. Durante a Cúpula foi criado os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ODS e o documento Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (MILARE, 2021). A Cúpula foi um importante momento político em que foi estabelecido plano de ações comum a finalidade crítico-emancipatória de libertar a práxis de uma realidade condicionante econômica insustentável. Dessa forma, o olhar do desenvolvimento sustenável complexo e multidiplinar ambiente esse olhar para o desenvolvimento de forma complexa, que integra o social, a economia e o meio ambiente.

O crescimento da economia, descomprometido com o meio ambiente, não atinge apenas os recursos naturais, mas a sociedade e a própria economia. Nessa premissa, seguindo um caso prático, os impactos ambientais do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, em Mariana/MG mostram a complexidade dos desastres ambientais e seus impactos. No caso em comento, quando houve o rompimento da barragem de Fundão (5/11/2015), foi lançado 34 milhões de metros cúbicos de rejeitos na região, criando uma verdadeira onda de rejeitos e toxidez (MILARE, 2021). Além de todas as consequências ecológicas, contaminação do solo, fragmentação de habitas, destruição de áreas de preservação permanente, mortandade de animais domésticos, silvestres, dizimação da fauna aquática, as consequências sociais e econômicas são enormes. Toda população atingida teve seu habitat transformado, sua economia atingida, sua qualidade de vida descontruída.

Nessa perspectiva, a formação de uma consciência ecológica que cinja o desenvolvimento interdisciplinar frente a edificação de um saber ambiental complexo, emerge de uma ética que questione os princípios da racionalidade instrumental de meios e afins. A compreensão de racionalidade ambiental, nesse sentido, supõe a emancipação de um pensamento calculador tecnicista, supõe o questionar-se frente a lógica do mercado e da totalização. Dessa forma, "surge da articulação da produtividade e da mobilidade social dos povos, para gerar um processo de desenvolvimento equilibrado, democrático e sustentável" (LEFT, 2009, p. 309).

Nesse sentido, a edificação de uma consciência ambiental surge da convergência da massificação do consumo e do empobrecimento das maiorias; da deterioração do ambiente com a concentração de abundancia. Com efeito, os direitos humanos:

> Relativos ao meio ambiente surgem como uma reivindicação fundamental para melhorar a qualidade de vida, que não é entendida não só como a satisfação de necessidades básicas e de certo bem estar material, mas ao

> direito de uma vida digna, ao pleno desenvolvimento das faculdades dos seres humanos e a realização de suas aspirações morais, intelectuais, afetivas e estéticas mediante a reconstrução do ambiente constitutivo dos mundos de vida das pessoas. (LEFT, 2009, p. 291).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um paradigma antropocêntrico em prol do desenvolvimento econômico desenfreado, a consciência ambiental surgiu, em meados do século XX, exposto as vozes insurgentes da problemática ambiental. A modernização insustentável face ao uso desenfreado dos recursos naturais ocasionou profunda perda da vida humana, desastres e catástrofes ecológicas deram voz para as questões ambientais. Assim, a Conferência de Estocolmo em 1972, o Relatório Nosso Futuro Comum em 1987 e a Cúpula da Terra representam esse nascimento e desenvolvimento da consciência ambiental em prol de um desenvolvimento sustentável. Todas as conferências internacionais têm sua importância na sedimentação de uma compreensão complexa de vida humana. Rostos ganham vozes e o meio ambiente ganha sua devida relevância. Fato é, que o desenvolvimento econômico e toda vida humana precisa dos recursos naturais. Nas palavras do Porto-Alegrense José Lutzenberger não nos damos conta da gravidade de nossas agressões à natureza, ficamos cegos diante do custo moderno do desenvolvimento e da razão. Essa desconstrução necessária e urgente não passa pela tecnologia, mas sim pela cultura. Precisamos edificar uma cultura do diálogo, da vida e da natureza. Uma cultura pluralista e democrática que integre o meio ambiente a partir de uma visão protecionista de Direitos Humanos.

Nas palavras de José Lutzenberger na obra 'Fim do futuro" a economia sob o argumento do domínio da natureza não percebe ou não quer perceber os verdadeiros custos por esse crescimento tecnológico desenfreado. A partir do momento que os custos ambientais não são mais contabilizados, somos levados a contas incompletas. É preciso de informação, é preciso publicidade. Ainda no século XXI as críticas de Rachel Carson se fazem hodiernas. Se estamos sendo expostos degradações ambientais sem precedentes temos o direito de saber suas consequências. Nesse sentido, a população e os trabalhadores da Vale de Brumadinho ficaram reféns. O rompimento da Mina b1 matou diversas pessoas, matou esperanças, matou sonhos e memórias. Não há como recuperar as vidas perdidas, apenas existe alternativa de reparação.

A atual racionalidade da insensibilidade representa um dos grandes desafios da humanidade. Diante da complexidade que significa o meio ambiente é preciso fomentar um estudo a partir de uma perspectiva multidisciplinar. O meio ambiente se caracteriza além das características físicas, biológicas e químicas que regem as formas de vida. A compreensão de meio ambiente envolve a relação do homem com a natureza. Nesse sentido, a concepção de meio ambiente integra as dimensões humanas, sociais e econômicas. Somos parte da natureza, sua exploração insensata condiz como a nossa própria exploração. Consequentemente, a necessidade ética ambiental se revela pela urgência de questionar a moral estabelecida. Vivemos em uma sociedade do consumo e da racionalidade capitalista. O mercado não coisifica apenas a natureza, mas também os indivíduos. Portanto, é precisar

questionar a moral estabelecida, é preciso edificar uma consciência crítica frente ao desmantelamento da nossa casa comum.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARENDT, H. **A condição humana**. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

ARENDT, H. **Da Revolução**. São Paulo: Ática/Editora da UnB, 1988.

ARENDT, H. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARENDT, H. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral**. Editora: Companhia das Letras, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Editora: Companhia das Letras, 2008.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. 3ª reimp. São Paulo: Editora: Gaia, 2013.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FABRI, M. **Fenomenologia e cultura**: Husserl, Lévinas e a motivação ética do pensar. Porto Alegre: Edipucrs, 2007.

FILHO, G. P. **Justiça e ética como fundamentos do direito em Sócrates e Platão**. In: GELAIN, Itamar Luís. [Org.]. Uma introdução à filosofia do Direito. Ijuí: Unijuí, p. 54-65, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo:Saraiva, 2013.

FRANCESCO, Papa. **Laudato s**i'. Editora: Piemme, 2016.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Editora: Vozes Limitada, 2015.

JARESKI, K. **Mito e logos em Platão**: um estudo a partir de excertos dos diálogos República, Político e Fedro. São Paulo: Paulus, 2015.

KELSEN, H. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEFF, E. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Editora: Vozes, 2009.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LEFF, Enrique; VIEIRA, Paulo Freire. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. Saraiva Educação SA, 2017.

LUTZENBERGER, José A. **Fim do futuro**? Manifesto ecológico brasileiro. Editora Movimento, 1976.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARCONDES, D. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 128.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MILOVIC, M. **Comunidade da diferença**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

MORIN, E. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

MORIN, E**. Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**®. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIDEKUM, A. **Lévinas e a filosofia da libertação**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2015.

SILVA, O. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNG, J. M. **Sujeito e sociedades complexas**: para repensar os horizontes utópicos. Petrópolis: Vozes, 2002.

SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido da. **Conversando sobre ética e sociedade**. 18 ed. Petrópolis: RJ, 2011.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. rev. e atual. São Paulo, 2020.

VATTIMO, G. **Adeus à verdade**. Petrópolis: Vozes, 2016.

WEDY, Gabriel; MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Manual de direito ambiental**: de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PEQUENA PROPRIEDADE RURAL: METRAGEM A SER CONSIDERADA PARA FINS DE IMPENHORABILIDADE

Paula Ongaratto Trentin[1]
Gilmar Bianchi[2]

RESUMO: Trata o presente artigo da garantia constitucional da impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Justifica-se a realização da pesquisa tendo em vista a relevância que o instituto possui no meio social, sendo um instrumento para a concretização do princípio da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Em um primeiro momento, busca-se apresentar o conceito de pequena propriedade rural, com destaque para sua diferenciação frente à propriedade familiar. Na sequência, conceitua-se a impenhorabilidade para possibilitar a análise das modalidades que podem recair sobre a pequena propriedade rural, com destaque para a constante na Constituição Federal de 1988, momento em que se analisa seus requisitos, em especial o de suas dimensões. Por fim, apresenta-se a problemática em aspectos práticos, por meio da análise dos entendimentos até então adotados pelo STF, pelo STJ, pelo TRF4, pelo TJRS, pelo TJSC e pelo TJPR. Ocasião em que se verifica que o parâmetro adotado é o que consta na Lei 8.629/93, que estabelece que a pequena propriedade rural é aquela que possui entre um a quatro módulos rurais, subsistindo divergência apenas quanto à presunção *iuris tantum* de que a área é alvo de exploração familiar. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos, a legislação e a jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Lei nº 8.629/93. Estatuto da Terra. Tema 961 STF. Patrimônio jurídico mínimo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma breve reflexão sobre a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, em especial no tocante a metragem a ser considerada para sua configuração. Justifica-se a realização da pesquisa ante a relevância do instituto discutido no meio social, porquanto trata-se de uma garantia constitucional que visa à concretização do princípio da função social da propriedade rural e da dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento, apresenta-se o conceito e as características da pequena propriedade rural, com destaque para as disposições do Estatuto da Terra e da Lei nº 8.629. Na sequência, analisa-se o posicionamento de alguns célebres doutrinadores de direito agrário, no tocante à diferenciação entre propriedade familiar e pequena propriedade rural. Posteriormente, conceitua-se a impenhorabilidade, apontando as modalidades cabíveis quando se trata de pequena propriedade rural, destacando a função pretendida pelo legislador com cada uma delas. No mesmo tópico, aborda-se, especificamente, a

[1] Acadêmica em Direito do 10º semestre do Curso de Direito da URI, Câmpus de Erechim. *E-mail*: Paula_trentin@hotmail.com.

[2] Professor. Mestre pela UFSC. Graduado em Direito pela UPF, especialista pela UFSM. *E-mail*: gilmar.bianchi@hotmail.com

impenhorabilidade da pequena propriedade rural, conforme preconizada no texto constitucional, com destaque para seus requisitos, em especial, o de suas medidas.

Ao fim, apresenta-se a problemática em nível prático, momento em que se analisa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região e dos Tribunais de Justiça da região sul do país, acerca da medida a ser considerada para a caracterização da pequena propriedade rural impenhorável.

Ressalta-se que na formulação do presente artigo é utilizado o método indutivo, haja vista a inexistência de uma premissa geral sobre a temática, sendo esta formulada a partir das circunstâncias que se analisa. Destaca-se que os recursos empregados foram exclusivamente bibliográficos, tendo como principais fontes livros, artigos, a legislação e a jurisprudência brasileiras.

PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

Antes de tratar especificamente da pequena propriedade rural, faz-se necessária analisar o conceito de imóvel rural constante no artigo 4º, inciso I, do Estatuto da Terra. O referido diploma legal aponta que será considerado como imóvel o prédio rústico destinado à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, por meio de planos públicos ou privados de valorização, independentemente de sua localização (MARQUES; MARQUES, 2016).

A partir de então restou afastada a discussão que pairava na doutrina e na jurisprudência acerca do critério utilizado para a caracterização dos imóveis rurais, tendo o legislador escolhido a destinação do imóvel, em detrimento de sua localização, a partir de então passou a ser juridicamente possível a existência de imóveis rurais no perímetro urbano (MARQUES; MARQUES, 2016).

Assim, para que seja considerado um imóvel rural, basta que se trate de prédio rústico, ou seja, imóvel destinado ao cultivo, que seja uma área contínua, devendo haver no terreno continuidade na utilidade rústica, e que a área seja destinada à exploração de atividades agrárias (MARQUES; MARQUES, 2016).

Feita essa breve conceituação, passa-se a analisar a classificação dos imóveis rurais, que em consonância com o artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.629 de 1993, com as alterações realizadas pela Lei nº 13.465 de 2017, pode ser divido em relação ao tamanho em três. A pequena propriedade é o imóvel rural com área de até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento. A média propriedade é o imóvel rural com área superior a quatro módulos fiscais até o limite de quinze módulos. Por fim, a grande propriedade é o imóvel rural com área superior a quinze módulos fiscais (RIZZARDO, 2021).

Ressalta-se que essa classificação adotada a partir da Constituição Federal de 1988 não é imune a críticas, apontando parcela da doutrina que o imóvel rural se classifica em

minifúndio, latifúndio, propriedade familiar, pequena propriedade rural, média propriedade rural, propriedade produtiva e propriedade improdutiva. (MARQUES; MARQUES, 2016).

Nessa classificação a propriedade familiar é tida como:

> [...] o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força do trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros (BRASIL, 1964, s.p.).

Esse imóvel deverá ter o tamanho exato de um módulo rural, que é calculado de acordo com a região do país e com o tipo de exploração comumente realizada no local. Caso a metragem seja inferior caracterizar-se-á um minifúndio, caso seja maior poderá configurar-se como latifúndio ou empresa rural (MARQUES; MARQUES, 2016).

Caracterizar-se-á o imóvel quando o título dominial estiver em nome de algum dos membros da família, admitindo-se para esse fim a concessão de uso real, e quando a exploração da terra se der de forma direta e pessoal, sendo absorvida toda a força de trabalho familiar, devendo a área for ideal para o tipo o objeto da exploração e podendo haver eventual auxílio de terceiros em períodos sazonais (MARQUES; MARQUES, 2016).

Nesse ínterim, verifica-se que o aspecto mais relevante para a caracterização do imóvel como propriedade familiar consiste na participação efetiva, direta e indispensável da entidade familiar, e também é neste aspecto que se aponta a diferenciação da propriedade familiar frente à pequena propriedade rural. Em que pese tenha constado no projeto da Lei nº 8.629/93, que regulamentou o artigo 185 da Constituição Federal de 1988, os requisitos da propriedade familiar no conceito de pequena propriedade rural, esses foram objeto de veto pelo então presidente da república, restando a pequena propriedade rural caracterizada apenas com o tamanho de um a quatro módulos fiscais (MARQUES; MARQUES, 2016).

A partir de então surge a controvérsia acerca da substituição da propriedade familiar pela pequena propriedade rural.

Marques (2016) aponta que as propriedades não se confundem, porque a pequena propriedade rural usa o módulo fiscal como unidade de medida, em detrimento do módulo rural, bem como, em virtude da continuidade do uso da expressão propriedade familiar na lei que institui a pequena propriedade rural. Além disso, aponta que o veto realizado pelo presidente da republico teve como objetivo comtemplar as pessoas jurídicas, o que é impossível em se tratando de propriedade familiar. Por fim, indica que a definição de pequena propriedade rural é incompatível com o artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, com o artigo 833, inciso VIII, do CPC e com a Lei nº 8.009/90.

Cassettari (2015), acompanhando Marques, aponta a coexistência do instituto da propriedade familiar, constante no Estatuto da Terra, e da pequena propriedade rural, constante na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.629/93. Para o doutrinador, a propriedade familiar institui e vincula-se ao módulo rural, que leva em conta a situação geográfica dos imóveis, a forma e as condições do seu aproveitamento econômico e as características ecológicas regionais, enquanto a pequena propriedade rural é vinculada ao módulo fiscal, unidade de medida fixada por cada município tendo em conta a exploração predominante, a renda obtida com ela, as demais explorações que tenham significância em razão da renda obtida ou da área utilizada e o conceito de propriedade familiar. Assim, tratar-se-iam de institutos diversos e vigentes.

Em contraponto Rizzardo (2021, p. 43) aponta que nos limites dispostos no Estatuto da Terra têm-se a propriedade familiar como "uma figura irreal, fantasiosa e impraticável", visto que devem ser levadas em conta as dimensões dos módulos rurais nas inúmeras regiões do país. Ainda, destaca que a lei não elenca critérios para a verificação dos requisitos exigidos, não havendo parâmetro algum para mensurar se a propriedade de trabalho efetivamente absorve a força de trabalho da entidade familiar, garantindo sua subsistência e seu progresso social e econômico. Além disso, com as constantes inovações tecnológicas e com a mecanização das atividades agrárias, a propriedade deverá ser cada vez maior para abarcar a força de trabalho familiar, situação que implicaria em constante mudança no tamanho da área a ser considerada como propriedade familiar.

Optiz (2017), por sua vez, utiliza apenas a classificação constante no Estatuto da Terra, havendo, portanto, o minifúndio, a propriedade familiar, o latifúndio, e as terras que, inobstante tenham medidas de latifúndio, não podem assim ser consideradas, como é o caso do imóvel rural que tenha dimensões superiores as referidas no artigo 4º, inciso V, alínea "a", do Estatuto da Terra, cujas características técnicas demandem a exploração florestal racional e planejada, tendo em vista os aspectos técnico e econômico.

IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL: DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

Em regra, todo o patrimônio do devedor pode estar sujeito a execuções, todavia, em caso excepcionais o legislador torna alguns bens do patrimônio do devedor insuscetíveis de execução. Tal medida pode ser adotada para garantir a sobrevivência do executado ou ainda por razões de ordem pública (ALVIM; GRANADO; FERREIRA, 2019).

Em relação à pequena propriedade rural podem recair três espécies de impenhorabilidade: a impenhorabilidade voluntária, a impenhorabilidade do bem de família e a impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

A impenhorabilidade voluntária pode ser dividida em duas espécies, uma delas é estabelecida pelo doador ou testador ao transmitir um bem ao donatário, herdeiro ou legatário (artigos 1848 e 1911, do Código Civil) e a outra é estabelecida pelo proprietário do bem, independentemente da transmissão imediata do bem à terceiro (artigo 833, inciso I, do

Código de Processo Civil). Em ambos os casos se visa a preservação do bem, impedindo sua constrição judicial e venda, garantindo uma renda, residência ou patrimônio para os herdeiros, donatários e legatários. Também é visado com essa modalidade de impenhorabilidade a manutenção de um determinado bem na família, impedindo que seja transferido à terceiros de forma voluntária, por meio de venda ou doação, ou de forma forçada, por meio de uma execução (DONIZETTI, 2020).

A impenhorabilidade do bem de família, por sua vez, encontra-se disposta nos artigos 1711 a 1722 do Código Civil, e na Lei nº 8.009/90, disciplinando que os imóveis rurais, desde que sirvam de residência para a família não poderão ser penhorados, ficando fora do manto da impenhorabilidade apenas a área que exceder a pequena propriedade rural, na definição constante no artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Assim, a residência, guarnecida com seus respectivos bens móveis sempre será protegida, bem como as terras exploradas, desde que trabalhadas pela família e de área igual ou inferior a quatro módulos fiscais, independentemente de ser o executado proprietário de outros bens imóveis (DONIZETTI, 2020).

Essa espécie de impenhorabilidade tem como finalidade preservar o bem que serve como residência familiar, garantindo o direito constitucional da moradia, constante no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, e a dignidade da pessoa humana, fundamento da república constante no artigo 1º, inciso III, do mesmo diploma legal (THEODORO JÚNIOR, 2021).

Por fim, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural encontra-se elencada no artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 833, inciso VIII, do Código de Processo Civil. Verifica-se que ambos diplomas legais prescrevem que a pequena propriedade rural, conforme definida em lei, será impenhorável, desde que trabalhada pela família (THEODORO JÚNIOR, 2021). Assim, retorna-se à discussão acerca da possível subsistência da propriedade familiar e da real intenção do legislador ao utilizar a expressão pequena propriedade rural.

Deponti e Hammes (2017), destacam que, inobstante utilize-se a definição constante na Lei nº 6.829/93 atualmente, sendo a pequena propriedade rural mensurada em módulos fiscais, anteriormente à entrada em vigor da referida legislação a situação era diversa. Na época utilizava-se a definição de propriedade familiar constante no Estatuto da Terra, sendo o imóvel limitado à um módulo rural para configurar-se como impenhorável. Em virtude dessa prática, inúmeras legislações posteriores passaram a fixar um módulo rural como o limite para a caracterização da pequena propriedade rural, como o artigo 649, alínea "c", do CPC/73. Assim, apontam as juristas que a confusão conceitual realizada pelo legislador ainda gera dúvidas acerca da revogação do conceito de propriedade familiar.

Scaff (2019), aponta que a proteção elencada no texto constitucional somente passou a vigorar formalmente após a edição da Lei nº 6.829/93, que definiu a pequena propriedade rural, delimitando sua área entre um e quatro módulos fiscais. Aponta o jurista que a pequena propriedade rural abrange a propriedade familiar, conceito até então utilizado pela falta de regulamentação da Constituição Federal. Assim, com a revogação tácita da

propriedade familiar, passou-se a adotar a pequena propriedade rural, e, consequentemente o módulo fiscal, como parâmetro para definir qual seria a dimensão para considerar-se o imóvel rural impenhorável.

Depiné (2020) dispõe que, inobstante a jurisprudência pátria já tenha adotado tanto a medida constante no Estatuto da Terra, quanto a medida prevista na Lei nº 6.829/93 para fins de impenhorabilidade, afigura-se acertada a adoção desta última. Argumenta que a limitação da pequena propriedade a um módulo rural, tem o condão de garantir tão somente o mínimo existencial, pois beira a caracterização de um minifúndio, instituto evitado em virtude da flagrante inépcia na obtenção de recursos para a manutenção de uma família, em razão da diminuta extensão territorial. Nessa linha, defende que deve ser adotada a definição constante na Lei nº 6.829/93, porquanto a medida de um a quatro módulos fiscais, permite não somente que a exploração das terras garanta o mínimo existencial à família rurícola, mas que também proporcione uma vida digna, garantindo o desenvolvimento pessoal e social de todos os seus membros.

Em contraposição Detoni e Mezaroba (2017), coadunando-se ao pensamento de Marques (2016), já exposto anteriormente, aduzem que a Lei nº 8.629/93 foi criada pelo legislador com o intuito de regular as terras insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária. Desse modo, aplicar-se-ia o parâmetro fixado no Estatuto da Terra de propriedade familiar, qual seja um módulo rural. Argumentam que o objetivo do legislador ao instituir a impenhorabilidade da pequena propriedade rural era garantir a quantidade mínima de terras, de acordo com as especificidades da região, para o desenvolvimento da atividade agrícola, extrativista ou pecuária, gerando o sustento do núcleo familiar.

Ultrapassada essa discussão, adotando-se a concepção que prevalece na doutrina, de que deverá ser utilizar as medidas constante na Lei nº 8.629/93, verifica-se que há necessidade de que a área rural seja trabalhada pela família. Em juízo tal situação será presumida pelas diminutas dimensões do imóvel que a família possui, visto que, na realidade a maior parte das pequenas áreas rurais são efetivamente exploradas no modelo de produção familiar, conforme já apontou o Superior Tribunal de Justiça. Tratando-se de presunção *iuris tantum* caberá ao exequente o ônus de provar que a área não é alvo de exploração familiar (THEODORO JÚNIOR, 2021).

Além disso, será necessária a demonstração de que o imóvel rural se enquadra nas dimensões da pequena propriedade rural, todavia, não é necessário que o executado resida no imóvel, porquanto esse requisito não consta na previsão constitucional e legal do instituto (THEODORO JÚNIOR, 2021).

Ademais, tendo em vista que essa espécie de impenhorabilidade é voltada para a garantia da subsistência do produtor rural e de sua família, deve-se adotar a interpretação que lhe garanta a máxima efetividade. Nesse mesmo sentido, verifica-se que nem mesmo a hipoteca permitirá a cessão do manto protetor da impenhorabilidade. Tal proteção foi constituída pelo legislador, porquanto o imóvel rural é tido como um direito fundamental para a família rurícola, constituindo uma garantia mínima que protege a pequena

propriedade rural, como um patrimônio mínimo e necessário para a manutenção e sobrevivência da família (THEODORO JÚNIOR, 2021).

Soma-se a isso a intenção de estancar o processo de concentração de terras no setor bancário, e nas mãos dos grandes latifundiários. Assim, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural tem o intuito de proporcionar uma melhor divisão de renda e de recursos naturais, bem como, de promover a concretização da função social da propriedade, por meio do cultivo da terra para a subsistência e para a manutenção das demandas regionais (ARRUDA, 2016).

Assim, a impenhorabilidade cessará apenas quando o imóvel rural for objeto de penhora em virtude de dívida na aquisição ou conservação do imóvel, ou ainda, quando a dívida corresponder a prestações alimentícias, conforme determina o artigo 833, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Civil (THEODORO JÚNIOR, 2021).

IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E APLICABILIDADE PRÁTICA

Realizada essa breve análise jurisprudencial, momento em que se averiguou o posicionamento de alguns teóricos sobre a matéria, passa-se a analisar o entendimento da jurisprudência brasileira acerca da temática, dando ao presente artigo conotação mais prática e atrelada à realidade dos operadores do direito.

Inicia-se a análise jurisprudencial com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário, com repercussão geral, nº 1038507, no qual foi firmada a seguinte tese: "É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, s.p).

Nesse ínterim, verifica-se que a corte constitucional brasileira acena para a adoção da metragem estabelecida na Lei nº 8.629/93, podendo a pequena propriedade rural ter de um a quatro módulos fiscais. Aduzem os ministros que a pequena propriedade rural, na concepção contida no artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, visa a garantia da dignidade da pessoa humana, preservando um patrimônio jurídico mínimo à entidade familiar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Aduziu o relator, Ministro Edson Fachin, que esse patrimônio jurídico mínimo não é passível de metrificação, porquanto trata-se de um valor, um conceito aberto apto à construção do que for razoável e justo no caso concreto. Desse modo, tendo em vista que não houve regulamentação específica das medidas a serem consideradas para fins da impenhorabilidade, conforme prescrita na Constituição, cabe ao intérprete atender a teleologia da norma constitucional encontrando a regra mais protetiva ao produtor rural e à sua família. Diante disso, aplica-se o conceito de pequena propriedade rural constante na Lei nº 8.629/93, abrangendo o manto da impenhorabilidade mais de um imóvel desde que a

soma das áreas não ultrapasse o limite de quatro módulos fiscais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Ressalta-se que o voto do relator não foi acolhido por todos os seus pares, sendo negado provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, por seis votos a cinco.

Na sequência, passa-se a analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que desde 2011 firmou entendimento alinhado ao atualmente adotado pelo STF, conforme se verifica na análise do Recurso Especial 1284708/PR (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

Todavia, diversamente do STF este tribunal superior diverge acerca do ônus probatório da exploração familiar da terra. A Terceira Turma, nos autos do Recurso Especial 1913236/MT, aponta que cabe ao executado provar que o imóvel é trabalhado pela família, sendo seu meio de subsistência, não bastando a indicação de que seja o único imóvel de propriedade da entidade familiar e que ela nele resida (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021). A Quarta turma, por sua vez, nos autos do Agravo Interno em Recurso Especial 1826806/RS, apontou que há presunção *iuris tantum* de que a pequena propriedade rural seja explorada pela família, transferindo-se ao exequente o encargo de demonstrar a inocorrência da exploração familiar da terra (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020). Contudo, até o momento não foi proferida nenhuma decisão vinculante sobre o tema pelo tribunal, restando a celeuma entre as turmas viva.

Feita essa análise no âmbito dos tribunais superiores, passa-se a examinar alguns julgados dos Tribunais de Justiça da região sul e do Tribunal Regional Federa da Quarta Região.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme decisão proferida no Agravo de Instrumento 70084952274, orientando-se pela tese firmada pelo STF adota a medida de um a quatro módulos fiscais para a caracterização da pequena propriedade rural (RIO GRANDE DO SUL, 2021). Todavia, à exemplo do STJ há divergência entre as câmaras acerca do ônus probatório da exploração familiar da propriedade, conforme se verificada no Agravo de Instrumento 70084885599 (RIO GRANDE DO SUL, 2021), julgado pela vigésima câmara cível, e no Agravo de Instrumento 70084772177 (RIO GRANDE DO SUL, 2021), julgado pela décima quinta câmara cível.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por sua vez, também adota a tese firmada pelo STF, conclamando que as medidas para configuração da pequena propriedade rural são aquelas constantes na Lei 8.629/93. Ademais, verifica-se que as decisões do tribunal são uníssonas em relação ao ônus da prova, cabendo ao executado demonstrar que a propriedade não é alvo de exploração familiar, derrogando a sua impenhorabilidade (SANTA CATARINA, 2021).

O Tribunal de Justiça do Paraná, assim como o de Santa Catarina, adota a tese firmada pelo Supremo Tribunal, assentando que a pequena propriedade rural tem seus limites

definidos na Lei 8.629/93 e que há presunção *iuris tantum* de que a propriedade é trabalhada pela família, devendo a parte contrária comprovar o contrário (PARANÁ, 2021).

Na mesma linha o Tribunal Regional Federal da Quarta Região estabelece que propriedade rural é aquela que possui entre um e quatro módulos fiscais. Contudo, prevê que o proprietário deverá comprovar em juízo que a terra é seu meio de sustento e que é utilizada como residência para seu núcleo familiar, conforme decisão exarada nos autos do Agravo de Instrumento 0001994-89.2015.4.04.0000 (BRASIL, 2015).

Ante o exposto, verifica-se que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal vem sendo respeitada pelos demais órgãos do poder judiciário, gerando segurança jurídica aos litigantes, em virtude da adoção de critério igualitário em todo o território nacional para a caracterização da pequena propriedade rural. Entretanto, vê-se que ainda há divergência nos tribunais em questões secundárias na temática, como é o caso da presunção *iuris tantum* de que a pequena propriedade rural é alvo de trabalho familiar.

Nesse toar, verifica-se que a divergência doutrinária observada no segundo tópico do presente artigo trata-se de questão já resolvida em termos práticos, restando, no presente momento, a discussão doutrinária e acadêmica acerca da adoção do Estatuto da Terra ou da Lei 8.629/93 para caracterização da pequena propriedade rural impenhorável *ad argumentandum tantum.*

CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada infere-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1038507, pôs fim à discussão jurisprudencial até então existente acerca do parâmetro de medida a ser adotado para a mensuração da pequena propriedade rural impenhorável. Até então as decisões dos tribunais, em especial os estaduais, variavam de câmara para câmara, gerando situação de insustentável desigualdade e insegurança jurídica. Nesse sentido, a decisão da corte constitucional brasileira, dotada de repercussão geral, teve o condão de uniformizar a jurisprudência e a aplicação da garantia constitucional.

Outrossim, verifica-se que a decisão prolatada levou em conta o princípio da função social da propriedade e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, adotou-se o critério mais benéfico aos pequenos agricultores, a fim de que lhes fosse garantido não somente o mínimo existencial para sua sobrevivência, mas também condições para que tenham um patrimônio jurídico mínimo, que lhes assegure condições para o pleno desenvolvimento social e pessoal.

Nesse toar, a discussão doutrinária da temática passou a ser realizada por mero amor ao debate, porquanto, apenas uma nova decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal poderá ensejar a mudança do parâmetro adotado. Contudo, destaca-se que questões secundárias continuam sem resolução, como é o caso da presunção *iuris tantum* da

exploração familiar da propriedade, situações essas que ainda poderão ser alvo de frutífero debate na doutrina e na jurisprudência.

Ante o exposto, percebe-se que a jurisprudência brasileira avançou na temática, harmonizando as disposições infraconstitucionais com o texto constitucional, garantindo, por meio da interpretação teleológica, a melhor aplicação do ordenamento jurídico. É inegável que ainda são necessários inúmeros passos para que a segurança jurídica do instituto seja alcançada, todavia, pode-se afirmar que esse já está melhor afiançado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARRUDA, Cláudia Maria de**. Impenhorabilidade da pequena propriedade rural: questão agrária e poder judiciário**. Monografia. p. 97. Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Marília/SP, 2016. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/139499/arruda_cm_me_mar.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região**. Agravo de Instrumento 0001994-89.2015.4.04.0000**. Órgão julgador: 3º turma. Relatora: Marga Ingebarth Tessler. Data do julgamento: 07 ago. 2015. Data da publicação: 19 ago. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7618902&termosPesquisados=aW1wZW5ob3JhYmlsaWRhZGUgZGEgcGVxdWVuYSBwcm9wcmllZGFkZSBydXJhbCBtb2R1bG8gZmlzY2FsIA==. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

CASSETTARI, Christiano. **Direito agrário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEPINÉ, Fabiana Telles David; DEPINÉ, David Hermes. Impenhorabilidade da pequena propriedade rural. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**. n. 64. Málaga/ESP: Grupo Eumed.net, 2020. Disponível em: https://www.eumed.net/rev/cccss/2020/02/impenhorabilidade-pequena-propriedade.html. Acesso em: 11 abr. 2021.

DEPONTI, Cidonea Machado; HAMMES, Elia Denise. Aspectos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural e o desenvolvimento rural: garantia constitucional da agricultura familiar. **Desenvolvimento em questão**. v. 15. n. 19. p. 236-261. Ijuí: Unijuí, 2017. Disponível em:

https://revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/4486. Acesso em: 11 abr. 2021.

DETONI, Vera Maria Calegari; MEZAROBA, Silvana Fátima. Proteção à pequena propriedade rural: impenhorabilidade como princípio de ordem pública. **Revista Perspectiva**. v. 41. n. 154. p. 27-38. Erechim: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, 2017. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/154_621.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. **Direito agrário brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. **Curso completo de direito agrário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 0052510-71.2020.8.16.0000**. Órgão julgador: 16ª câmara cível. Relatora: Vania Maria da S. Kramer. Data do julgamento: 29 mar. 2021. Data da publicação: 08 abr. 2021. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015112031/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0052510-71.2020.8.16.0000. Acesso em: 13 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento 70084952274**. Órgão julgador: 12ª câmara cível. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. Data do julgamento: 19 fev. 2021. Data da publicação: 22 fev. 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento 70084772177.** Órgão julgador: 15ª câmara cível. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Data do julgamento: 16 mar. 2021. Data da publicação: 25 mar. 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento 70084885599**. Órgão julgador: 20ª câmara cível. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman. Data do julgamento: 31 mar. 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 abr. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito do Agronegócio**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de instrumento 5008011-89.2020.8.24.0000**. Órgão julgador: 2º câmara de direito civil. Relator:

Monteiro Rocha. Data do julgamento: 18 mar. 2021. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=impenhorabilidade%20da%20pequena%20propriedade%20rural%20m%F3dulo%20rural&only_ementa=&frase=&id=321616165346657492887231283115&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 13 abr. 2021.

SCAFF, Gamaliel Seme. A impenhorabilidade da pequena propriedade rural no Brasil. **Revista Judiciária do Paraná.** a. 14. n. 18. p. 81-104. Curitiba: Bonijuris Ltda, 2019. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/62308702/Revista_Judiciaria___18_-_Novembro_201920200308-53197-176iun5.pdf?1583681640=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DRevista_Judiciaria_18_Novembro.pdf&Expires=1618152930&Signature=Pr5zxNh79Svwg9gtdt-zfVW2lMWaIvggxrI9-JzgU1sxDc8RsRXOHP472N2s6AAJfH88gngJ6I4gUf7zZbboITb9ofPlPLRlcJAd1Z3LYzT99~wJ9pE~5l0x-RKOQc886duN76xCD52zT2GYUCzuvt-QxuthJoWkESUkmPObovauSfcX2i4EQE-yfGe4rHz2ahYYrMGqEx-BvxF9OYxl~id4x~KPnh0-zCJJ2n0y-g6kJtkGm~gBuBJwQo~RiA6~4~XebdCpgDw94dNYaHe7STajn1UiZqDE~QYufqiMPX4aaS4ecj7tIS7VTHl7OgMQ4katakk3tP7iLDMdy4HNg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=81. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1913236/MT**. Órgão julgador: terceira turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 16 mar. 2021. Data da publicação: 22 mar. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002182528&dt_publicacao=22/03/2021. Acesso em: 13 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Interno em Recurso especial 1826806/RS**. Órgão julgador: quarta turma. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do julgamento: 23 mar. 2020. Data da publicação: 26 mar. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902066316&dt_publicacao=26/03/2020. Acesso em: 13 abr. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1284708/PR**. Órgão julgador: terceira turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 21 nov. 2011. Data da publicação: 09 dez. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102025005&dt_publicacao=09/12/2011. Acesso em: 13 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo em Recurso Extraordinário 1038507**. Repercussão Geral. Órgão julgador: tribunal pleno. Relator: Edson Fachin. Data do julgamento: 21 dez. 2020. Data da publicação: 15 mar. 2021. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755317812. Acesso em: 13 abr. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO E CELETISTA PARA OS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mayara Dal Bosco [1]
Evandro Luis Dezordi [2]

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa visa a realizar uma análise acerca do regime jurídico aplicável aos servidores da Administração Pública frente às mudanças na legislação brasileira ao longo dos anos. Nessa contextualização, foi objeto de estudo a legislação pertinente ao assunto e seus principais doutrinadores. Faz-se primeiramente uma breve conceituação de servidor público. Discute-se a diferenciação entre cargo, emprego e função pública conforme livros da área. Posteriormente, adentra-se na esfera dos regimes jurídicos aplicáveis aos servidores públicos e suas alterações frente às legislações. Nessa perspectiva fazem-se algumas considerações acerca das controvérsias e impossibilidades da adoção desses regimes, conforme os pensadores e legislação aplicável. Usa-se da pesquisa doutrinária e legislativa para se elaborar um parâmetro da recente utilização do regime jurídico na administração pública.

Palavras-chave: Regime jurídico. Servidores Públicos. Administração Direta e Indireta. Estatutário. Celetista.

INTRODUÇÃO

Neste artigo serão explanados os principais conceitos acerca da definição de servidor público e suas classificações, diferenciando-se também cargo, emprego e função e sua aplicabilidade para cada agente público.

Busca-se fazer também a abordagem dos diferentes regimes jurídicos e sua legalidade frente aos servidores, discorrendo-se sobre as mudanças na legislação brasileira.

Para tanto, verificar-se-á as posições doutrinárias para estabelecer um parâmetro lógico, entre a teoria da legislação e a aplicação nas pessoas jurídicas de Direito Público e Privado, demonstrando-se também as mudanças ocorridas ao longo dos anos.

O objetivo desse trabalho não é esgotar o assunto, mas sim fazer um breve levantamento doutrinário acerca dos regimes jurídicos e sua correta aplicação na administração pública.

[1] Bacharel em Ciências Contábeis pela URI-Erechim/RS. Acadêmica do 7º semestre de Direito pela URI Erechim/RS. *E-Mail*: mayapeke@hotmail.com

[2] Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim - RS. Especialista em Direito Constitucional pela URI Erechim – RS.

CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 utiliza o termo Servidor Público para conceituar as pessoas que prestam serviços com vínculo empregatício à Administração Pública Direta e Indireta, ora utilizando a expressão em sentido amplo ora em sentido estrito. Consequentemente, levando em consideração o entendimento dos principais doutrinadores da área a fazerem uma separação dos termos para melhor entendimento, utiliza-se frequentemente Servidor Público em sentido estrito e como uma classificação do termo Agente Público que é utilizada em sentido amplo. Nesse contexto Mello dispõe:

> Esta expressão – agentes *públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente (MELLO, 2014, p. 248).

Assim, Agente Público é denominado a pessoa física que trabalha para o Estado e para as pessoas jurídicas da Administração Indireta. A Lei 8.429 de 1992 descreve em seu artigo 2º:

> Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL. Lei 8.429, 1992, art. 2º).

Conforme classificação doutrinária de Hely Lopes Meirelles os agentes públicos se dividem em:

a) agentes políticos;

b) agentes administrativos;

c) agentes honoríficos;

d) agentes delegados;

e) agentes credenciados (MEIRELLES, 2014).

Os agentes políticos podem ser classificados como as pessoas físicas que ocupam cargos estruturais na organização política, são cargos com atribuições constitucionais, normalmente eleitos para um mandato por determinado tempo. São representantes do governo nos seus primeiros escalões. Podem ser citados, por exemplo, os Chefes dos Poderes Executivos Federal, Estadual e Municipal, os Senadores, Deputados e Vereadores, esses na forma de eleições. Os Ministros e Secretários também são considerados agentes

políticos, porém mediante nomeação dos Chefes do Executivo. (MEIRELLES, 2014)

Hoje há uma tendência em considerar agente político também os membros da Magistratura e do Ministério Público. Os doutrinadores entendem que os membros da Magistratura se enquadram nesse contexto por participarem da soberania do estado, exercendo o direito em última instância. "Quanto aos membros do Ministério Público, a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas a partir da Constituição Federal de 1988" (DI PIETRO, 2014, p. 598).

Classificam-se em agentes administrativos os servidores públicos que mantem uma relação profissional com a administração pública, ocupando normalmente cargo, emprego ou função pública, tanto na Administração Direta quanto na Indireta. Os agentes administrativos ocupantes de cargo público efetivo são os investidos no cargo decorrentes de concurso público, chamados de servidores estatutários, pois obedecem ao "regime jurídico estatutário geral ou peculiar [...] integrantes da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público" (MEIRELLES, 2014, p. 482-483), sujeitando-se a hierarquia do órgão.

Também os agentes administrativos podem ocupar cargo público em comissão, é cargo de livre nomeação, ou seja, não necessita de concurso público, são criados por lei, tem caráter provisório, pois podem ser nomeados e exonerados conforme a necessidade da administração pública. São pessoas apenas destinadas para as atribuições de diretoria, chefia e assessoramento, baseado na Constituição Federal de 1988, art. 37, V. Com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, veio a exigência de uma parte desses cargos serem preenchidos por servidores públicos de carreira, assim nessas hipóteses a nomeação não será totalmente de forma livre.

Já os agentes administrativos ocupantes de emprego público, obedecem às leis trabalhistas, ou seja, a Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), comumente conhecidos como celetistas, não adquirem a estabilidade constitucional que os ocupantes de cargo público detêm, prevista no artigo 41 "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público" (BRASIL. Constituição, 1988, art. 41, *caput*). Podem ser empregados tanto da Administração Direta quanto da Indireta, porém normalmente ocupam empregos na pessoa jurídica de direito privado que compõe a Administração Pública Indireta.

Os agentes administrativos, contratados temporariamente, em caráter emergencial, por exemplo, não ocupam nem cargo nem emprego, pois é uma função transitória, para atender uma função de excepcional interesse público, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, no artigo 37, inciso IX, o agente é contratado para a substituição de servidor até novo concurso público.

Os agentes com contrato temporário geralmente seguem o regime especial administrativo, pois são exceções à regra, sendo que o contrato poderá ser rescindido a qualquer momento, pois seguem regras específicas da administração ao qual foi celebrado.

Assim expõe o Parecer 31 de 24 de novembro de 2010 do Tribunal de Contas de Estado do Rio Grande do Sul:

> A contratação submetida à legislação trabalhista somente será possível nas hipóteses em que se trate de contratação temporária em que o vínculo previsto para a entidade contratante possa ser o trabalhista, tal como ocorre para empresas públicas e sociedades de economia mista [...] (BRASIL, TCE-RS Parecer 31/2010, fl.43).

Agentes honoríficos são os cidadãos convocados a exercerem transitoriamente determinada função ou serviço, normalmente sem remuneração e sem vínculo profissional, "[...] em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade, ou de sua notória capacidade profissional [...]" (ALEXANDRINO, 2014, p. 130), como exemplo pode-se ser citado os mesários nas eleições e os jurados. Esses agentes são considerados servidores públicos para fins penais.

Agentes delegados são os particulares que por concessão ou permissão exercem determinadas atividades ou serviço público, porém em nome próprio, mas com fiscalização ao Estado. São exemplos de agentes delegados, os tabeliões, leiloeiros oficiais, tradutores, peritos. A maioria que se enquadra nessa categoria realiza concurso público para pleitear a vaga.

Os agentes credenciados representam a administração pública para a prática de certas atividades ou serviços, mediante remuneração, mas não na forma de salário, como exemplo pode-se citar o médico credenciado ao Sistema Único de Saúde SUS.

BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 prevê, tanto a expressão cargo, quanto emprego ou função, para conceituar diferentes competências exercidas pelos agentes públicos.

Os servidores ocupantes de Cargo público efetivo são os agentes administrativos da Administração Direta, das Autarquias e Fundações de Direito Público, que obedecem ao regime jurídico estatutário. As vagas são criadas por aprovação de lei específica e os agentes sujeitos a aprovação de concurso público que após três anos adquirem estabilidade no cargo.

Conforme disposto no art. 3 da Lei 8.112/1990 "Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor" (BRASIL. Lei 8.112, 1990, art. 3, *caput*). Também há cargo em comissão que desempenham funções públicas, não necessitam de aprovação de concurso, pois são nomeados pela Administração a exercerem cargos de chefia ou assessoria provisoriamente, são semelhantes ao cargo efetivo nas suas atribuições, inclusive no regime jurídico que os regem. Os agentes que ocupam emprego público, são exceções, é uma

pequena parcela de servidores públicos, são aprovados também por concurso público como no caso de cargos, porém diferem-se no regime jurídico, esses se enquadram no regime celetista, ou seja, são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois o emprego público mantém vínculo contratual com a Administração Indireta.

Há também a necessidade de abordar que na Administração Direta existem tanto servidores detentores de cargo público como de emprego, haja vista que a Emenda Constitucional n º19, modificava o art. 39 da Constituição Federal de 1988, que previa o regime jurídico único dos servidores, com a Emenda poderia ser adotado tanto o estatutário quanto o regime celetista, essa condição perdurou até a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135-4 de 7 de março de 2008, que suspendeu a Emenda nº19, restaurando o art. 39 da CF/88 original, e com efeitos *ex nunc*, ou seja a partir de então. Contudo nesse lapso de tempo até a suspensão da possibilidade de dois regimes, os servidores que detinham emprego público na Administração Direta continuaram na condição de celetistas, sendo constitucional já que o efeito da referida ADI é *ex nunc*. (ALEXANDRINO, 2014)

Função pública segundo a classificação da CF/88 em seu art. 37, IX, é aquela exercida por servidores contratados temporariamente, de excepcional interesse público, não se exige concurso público nesses casos, pela urgência na contratação. Também são citados os servidores que ocupam as funções de confiança, que são exercidas pelos servidores ocupantes de cargo efetivo ou cargos em comissão de livre provimento e exoneração de iniciativa do Executivo, correspondentes a funções de chefia, direção ou assessoramento, por exemplo, sem que o legislador necessite criar um cargo respectivamente, com base no art. 37, V, da CF/1988.

REGIME JURÍDICO PARA SERVIDORES PÚBLICOS

O Regime Jurídico é um conjunto de normas adotadas para regular os direitos e deveres dos servidores, empregados públicos e contratados excepcionalmente pela Administração Pública, pode ser estatutário, celetista e administrativo especial. As nomenclaturas podem variar de acordo com cada doutrinador.

Mesauar dispõe sobre o regime jurídico:

> Em matéria de servidores, regime jurídico significa o conjunto de normas referentes aos seus deveres, direitos e demais aspectos da sua vida funcional. Ao mencionar regime jurídico dos servidores, cogita-se do modo como o ordenamento disciplina seus vínculos como o poder público, quanto a direitos, deveres e vários aspectos da sua vida funcional. (MESAUAR, 2013, p. 310).

A Constituição Federal de 1988, no art. 39, *caput*, originariamente, dispõe sobre os servidores públicos, instituídos em cargos e regidos pelo regime jurídico único:

> A União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (BRASIL, Constituição, 1988, art. 39, *caput*).

Sendo assim, cada ente da Federação poderá estabelecer e adotar o regime jurídico com legislação própria, para aplicação aos seus servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas, porém obedecendo as normativas da Constituição Federal.

Cabe ressaltar que o artigo acima referido diz respeito apenas aos servidores das pessoas de direito público, pois os servidores das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações de direito privado, porém instituídas pelo poder público, são considerados empregados públicos, sempre regidos pelo regime celetista.

A União; em 1990; institui a Lei 8.112, para disciplinar o regime jurídico único dos Servidores Civis da União, da administração direta, das autarquias e fundações públicas federais, investidos em cargo público, o qual foi adotado o estatutário. Porém, no ano de 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19, a qual alterou o caput do art. 39 da CF/88, não mais fazendo menção a nenhum regime jurídico específico de adoção para a Administração Direta. A Emenda nº19 trouxe a seguinte alteração: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes" (BRASIL. EC 19, 1998).

Assim, desde que entrou em vigor essa Emenda, abriu-se a possibilidade de adoção de mais de um regime jurídico e não apenas a um regime unificado e específico. Com isso trouxe a possibilidade da Administração de nomear ou contratar servidores conforme as atribuições públicas, "[...] ressalvadas aquelas carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário [...]" (DI PIETRO, 2014, p. 608).

Contudo, no ano de 2000, a Lei Federal n º 9.962, entrou em vigor, dispondo sobre a possibilidade de criação de empregos públicos para a Administração Pública Direta da União, regida pela CLT (Consolidação das Leis de Trabalho), pois com a modificação proposta pela Emenda nº19, era possível essa modalidade de regime jurídico.

Porém, em 07 de março de 2008, o Supremo Tribunal Federal publicou a ADI 2.135-4 no Diário Da Justiça Eletrônico, suspendendo os efeitos da Emenda nº 19. Consequentemente, suspendeu a eficácia da nova redação dada ao *caput* do art. 39, "[...], *por vício de tramitação*, restaurando, então, o art. 39 original, embora com efeitos *ex nunc*, [...]" (MELLO, 2014, p. 264), mantendo portanto válidas todas as legislações editadas durante a vigência dos efeitos da Emenda nº 19. Portanto, a partir de então, os servidores públicos da Administração Direta, autarquias e fundações, voltam a ter a aplicação do art. 39 originário da Constituição Federal, aplicando um regime jurídico único.

O regime celetista é adotado para empregados públicos que trabalham na Administração Pública Indireta, ou seja, nas empresas públicas, sociedades de economia

mista e nas fundações de Direito privado instituídas pelo poder público, e tem seus direitos e deveres regidos pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT).

Os empregados públicos também são aprovados por concurso público, porém não adquirem a estabilidade que o servidor público estatutário detém após três anos de nomeação.

Com a vigência da Lei Federal nº 9.962/2000, diante da Emenda nº 19, tornou-se possível a nomeação de servidores como empregados públicos na Administração Pública Direta, sob regime celetista. Apesar da suspensão da referida Emenda pela ADI, essa Lei continua a viger nos casos dos empregados que foram contratados na época em que a lei tinha validade, pois os efeitos da suspensão da Emenda são *ex nunc*.

Também existe a possibilidade de contratação de servidores por tempo determinado, para atender uma necessidade temporária e excepcional da administração pública direta e indireta, conforme a lei específica da sua criação (MEDAUAR, 2013). Tais servidores se submetem a um regime jurídico especial administrativo, não sendo possível a aplicação do regime celetista, mesmo para os contratados por tempo determinado, nas pessoas jurídicas de direito público.

CONTROVÉRSIAS ACERCA DOS REGIMES JURÍDICOS ADOTADOS PELOS SERVIDORES PÚBLICOS

A dúvida que paira entre os doutrinadores é sobre quais regimes jurídicos devem ser aplicados na Administração Pública, frente às mudanças na legislação brasileira ao longo dos anos e após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.135-4.

Primeiramente cabe reiterar que "[...] podem existir cargos e empregos nas pessoas jurídicas de direito público, *mesmo existindo a previsão de regime jurídico único, agora restaurada*, [...]". (MELLO, 2014, p. 264)

Uma das principais questões controversas a ser exposta é acerca da conciliação entre o art. 39 e os dispositivos da Constituição que preveem a existência também de empregos nas pessoas jurídicas de direito público (MELLO, 2014). Mello adentra nessa questão com exemplar conhecimento e simplicidade:

> A conciliação destes dispositivos é possível desde que se entenda que o pretendido pelo art. 39 não foi estabelecer obrigatoriamente *um único regime para todos os servidores* da Administração direta, autarquias e fundações públicas, mas impor que a União e suas entidades da Administração Indireta, Estados e suas entidades da Administração Indireta e Município e suas entidades da Administração indireta tenham, nas respectivas esferas, uma uniformidade de regime para seus servidores [...] Deve haver, isto sim, um "regime jurídico único na intimidade das diversas ordens de governo (MELLO, 2014, p. 264).

Outra questão importante a ser abordada é a definição do regime jurídico a ser adotado aos servidores públicos. Primeiramente, é importante assegurar que a discussão é sobre os servidores da Administração Direta, pois o regime para os servidores de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações de Direito Privado instituídas pelo poder público, sempre será o regime celetista, pois detêm emprego público.

Após a decisão do STF na ADI 2.135-4, vieram mudanças significativas e juntamente dúvidas acerca do regime jurídico que será adotado na Administração Direta.

A regra é adotar o regime jurídico estatutário para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas. Porém, essa regra contém exceções, primeiramente referente aos servidores contratados anteriormente a data da decisão proferida pelo STF na ADI que é 7 de março de 2008. Esses, se regidos pela CLT, assim continuarão não necessitando alterações.

Já os servidores contratados temporariamente por caráter excepcional que estão referidos no art. 37, IX, da CF88, "[...] a regra é que a contratação se dê por vínculo especial, de natureza administrativa, estabelecido em lei, **sem que se trate de contrato de trabalho.** [...]" (TCE, Parecer Tribunal 31/2010, fl. 43, grifo do autor).

Exceção prevista constitucionalmente, em que se pode adotar o regime celetista, diz respeito à contratação de servidores agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, conforme dispõe a Constituição Federal art. 198, §§ 4 º a 6º, o § 5º, que assim versa:

> Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial (BRASIL, CF/88, art. 198, § 5º).

Ainda, ressalta-se que apesar da disposição na Constituição do art. 39 de regime jurídico único para as pessoas jurídicas de direito público a regra comporta exceções, como exposto acima.

Por fim, cabe-se minuciar o regime jurídico aplicável nas pessoas jurídicas da administração pública. Os servidores públicos nomeados pela administração pública direta, pelos seus órgãos integrantes da esfera federal, estadual ou municipal, serão disciplinados pelo regime jurídico estatutário, salvo servidores contratados excepcionalmente por tempo limitado que adotam regime jurídico administrativo e servidores agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias que pode, não obrigatoriamente, admiti-los no regime jurídico celetista.

As autarquias, as quais são entidades criadas por lei, dotadas de personalidade

jurídica de direito público, com patrimônio e receitas próprios, que executam atividades típicas da Administração Pública, tem capacidade exclusivamente administrativa (MELLO, 2014), também são regidas pelo regime jurídico estatutário. Fundações de direito público também são criadas por lei, sem fins lucrativos, e destinam-se a um fim específico, nelas desenvolvem-se atividades que não se exigem realização pelos órgãos públicos, essas também são disciplinadas pelo regime jurídico estatutário.

Diferentemente das sociedades de economia mista, que se sujeitam ao regime celetista, esse tipo de sociedade permite associar capital público e capital privado (MEDAUAR, 2013), são criadas por lei, consideram-se como pessoas jurídicas de direito privado, mas a maior parte das ações são controladas pelo poder público.

As empresas públicas também são pessoas jurídicas de direito privado, e seguem a regime celetista aos seus empregados, são empresas de capital e patrimônio exclusivo do poder público, são empresas concessionárias ou permissionárias do serviço público.

Também as fundações de direito privado instituídas pelo poder público, utilizam se do regime jurídico celetista, fundações privadas são controladas pelo Ministério Público e criadas por autorização legislativa.

Por fim, nota-se que a Administração Direta, as autarquias e fundações de direito público em regra utilizam-se do regime jurídico estatutário, salvo as exceções já mencionadas acima. Enquanto, as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações de direito privado instituídas pelo poder público sempre usar-se-á regime jurídico celetista aos seus empregados.

CONCLUSÃO

De todo a exposto conclui-se que foram muitas as mudanças na legislação e na forma constitucionalmente aceitável de aplicar-se na prática, fazendo com que surgissem dúvidas na sua interpretação.

Na descrição do conceito de servidores e agentes públicos e sua classificação diferem-se para cada doutrinador, abrangendo muitas vezes nomenclaturas e posições diferenciadas, sendo que o artigo se utilizou de uma posição mais abrangente de definição.

Constata-se que se tem a possibilidade de utilização do regime jurídico celetista na administração pública direta, autarquias e suas fundações públicas, apesar da decisão do STF, salientando-se que se fala de exceções à regra. Em contrapartida, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações de direito privado formadas pelo poder público, sempre serão regidas pelo regime jurídico celetista.

O presente trabalho não teve como objetivo esgotar o assunto em questão, mas sim esclarecer alguns pontos controversos na aplicação do regime jurídico diante de tantas alterações legislativas, tanto na Administração Pública Direta quanto na Administração

Pública Indireta.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 22 ed. São Paulo: Método, 2014.

ARAÚJO, Lucas. A distinção entre servidores públicos e empregados públicos. Jus Brasil, Bahia Disponível em: <http://lucasecao.jusbrasil.com.br/artigos/213304655/a distincao-entre-servidores-publicos-e-empregados-publicos>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135-4, de 07 de março de 2008. Brasília, DF. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STF/ADINS/2135_7.html. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm . Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm.Acesso em: 22 abr. 2016.

CUNHA, Douglas. Regime jurídico dos servidores públicos da União. Jus Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/136999930/regime-juridico-dos-servidores publicos-da-uniao. Acesso em: 23 abr. 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores , 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de contas do estado do Rio Grande do Sul. Parecer nº 31, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/det/det/Cadastro/2011/de-v-20110906-20110908.pdf. Acesso em 23 abr. 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Servidor público em regime especial de trabalho. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1357. Acesso em: 24 abr. 2016.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA APOSENTADORIA ESPECIAL COM AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019: A NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DO TRABALHADOR EXPOSTO A AGENTES NOCIVOS

Ariana Christina Nunes[1]
Luciano Alves dos Santos[2]

RESUMO: Este artigo apresenta uma discussão teórica que tem por objetivo o aprofundamento das alterações na legislação previdenciária advindas da Emenda Constitucional 103/2019, no âmbito da Aposentadoria Especial, visando elucidar a possível inconstitucionalidade das novas regras da aposentadoria de trabalhadores que exercem suas funções expostos à agentes nocivos, precisamente no tocante ao seu novo requisito de idade mínima, o qual teria direção contrária às diretrizes da Constituição Federal como organizadora da vida social do país, ferindo seus princípios fundamentais, do qual deve ser garantida a dignidade da pessoa humana, pressuposto que entende-se violado com a permanência do funcionário laborando em condições insalubres por tempo superior ao suportado pelo organismo humano.

Palavras-chave: Aposentadoria. Dignidade. Inconstitucionalidade. Idade. Efeitos Nocivos.

INTRODUÇÃO

No ano de 2019 houve a apresentação do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 06/2019 com a designação de novas regras ao sistema previdenciário brasileiro, sendo, a partir desta, promulgada pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal a Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019. Precisamente, no que diz respeito à Aposentadoria Especial dos contribuintes da Previdência Social, estabeleceu-se novas regras aos segurados que comprovassem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes nocivos à saúde, sendo eles químicos, físicos, biológicos ou a associação destes.

Anteriormente à Revolução Francesa, que considerou a escravidão uma forma de trabalho indigna, os escravos eram submetidos à situações de risco até que seus corpos se esgotassem e não possuíssem mais condições de permanecer exercendo suas atividades diárias. Sem qualquer regulamentação ao tempo de exposição ou utilização de equipamentos de proteção, há registros do aparecimento de diversas doenças em trabalhadores que eram expostos a agentes de risco, levando tais trabalhadores a se fazer valer de "técnicas caseiras" para minimizar os danos e o incômodo durante a prestação dos serviços, a qual não se caracterizava como a prevenção ideal à longo prazo.

[1] Bacharel em Direito. Aluna do curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário realizado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

[2] Mestre em Direito e Professor do curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

Com a Revolução Industrial e consequentemente aumento das atividades industriais e a exposição ocupacional à insumos tóxicos, esta trouxe consigo condições inóspitas aos trabalhadores, os quais ao se depararem com situações críticas vieram a reivindicar por condições humanas e dignas para permanecer exercendo suas funções, fazendo com que surgisse, a partir de tais reivindicações, as primeiras providências no tocante à saúde do trabalhador e segurança ocupacional.

No Brasil, as melhorias nas condições do ambiente de trabalho se verificou após registradas significativas doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, com seus primeiros indícios legais relativo à segurança individual e seguridade social com a Constituição Política de 1824. O governo passou a preocupar-se em assegurar os direitos relativos à saúde da população, vindo a desenvolver e aprimorar seu amparos, através da Previdência Social, até que se alcançasse a constituição da autarquia que resguarda benefícios e direitos de seus segurados, atual Instituto Nacional da Seguridade Social.

Neste viés, com a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019 verificou-se alterações na Previdência Social, havendo a inclusão do requisito de idade mínima para concessão da Aposentadoria Especial, sendo fixada em 55, 58 ou 60 anos, a depender do tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos à agentes químicos, físicos ou biológicos, obrigando o trabalhador, de forma indireta, a se manter em situação prejudicial à saúde, direção contrária ao principal objetivo de tal aposentadoria, a qual busca a proteção do trabalhador sujeito à condições de trabalho inadequadas e de grande risco.

Para a elaboração deste trabalho foi aplicado o método indutivo, mediante utilização de doutrinas, legislações, pesquisas documentais e bibliográficas. O presente será apresentado em uma divisão de quatro capítulos, sendo o primeiro um apanhado histórico das condições laborais dos trabalhadores e sua evolução, em seguida adentrando à caracterização dos agentes nocivos, partindo então ao seu tema principal, a Aposentadoria Especial e a alteração advinda pela Emenda Constitucional nº 103/2019, seguindo desta ao quarto e último capítulo relativo às previsões constitucionais de segurança, saúde, garantias à sobrevivência do trabalhador e o pressuposto principal que é a vida digna. O presente trabalho de conclusão de curso tem por finalidade trazer a possível inconstitucionalidade das alterações trazidas pela reforma previdenciária e a inserção de novos requisitos à Aposentadoria Especial, sendo a conclusão deste trabalho de grande valia tanto aos trabalhadores inseridos neste meio quanto à uma possível aplicação prática para revogação dos requisitos da referida Emenda Constitucional.

RELAÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO E DA SAÚDE

O indivíduo e o ambiente de trabalho possuem uma historicidade no Brasil. Os primeiros registros de trabalhadores acometidos por doenças foram as decorrentes da exploração do sistema escravista. Em tal época, inexistia qualquer preocupação com a saúde quando o assunto tratava de trabalhadores escravos, os meios utilizados ao exercício das funções não eram adequados, mas sim os que obtiam os maiores lucros, sendo exercidos mediante cargas horárias excessivas, sem descansos, sem limitação de idade e sem a

utilização de qualquer forma de proteção.

O escravo era obrigado a cumprir longas jornadas de trabalho, havendo preocupação somente quando o lucro de seus proprietários decaiam em decorrência de surtos epidêmicos. Na busca pela preservação da mão-de-obra escrava passou a ser fornecido um melhor tratamento, porém sem redução da jornada de trabalho, em uma tentativa de prolongar-lhes a vida útil. (PORTO, 2006, p. 3).

Não obstante, Pôrto (2006, p. 2) relata não ter havido qualquer sugestão para criação de serviços destinados ao tratamento médico dos escravos, ficando claro inexistir preocupação com a prática médica voltada à força de trabalho escravo, abordado apenas quando dizia respeito à escrava ama-de-leite, considerando ser perigoso o contato direto desta com os filhos dos "senhores", responsáveis pela transmissão de doenças.

Constatou-se em inventários levantados entre 1790 à 1807 que 46,4% dos escravos eram acometidos por lesões traumáticas provenientes da violência e do trabalho pesado, e 33,5% decorrente de doenças infectocontagiosas, tais dados associam-se à vulnerabilidade dos escravos e as condições insalubres que estes eram submetidos. (ASSIS, apud OLIVEIRA, SANTOS e LIMA, 2016, p. 5).

Segundo Navarro, o preconceito em torno do trabalho braçal escravagista gerou profundo desprezo, do qual Sócrates qualificava como sendo um "estigma social" que causava degeneração física e espiritual. (1998, apud Silva, 2001, p. 8).

De acordo com Navarro (1998), Plínio (77 a.C) identifica a intoxicação por mercúrio, descrevendo doenças em escravos das minas romanas, observando que os trabalhadores com contato ao Cinábrio (composto à base de mercúrio), usavam máscaras no rosto feitos de pele (bexiga) para se protegerem contra o pó. (apud Silva, 2001, p. 8). Neste cenário, os trabalhadores utilizavam métodos caseiros como uma auto-defesa, a fim de evitar agravar doenças ou condições degenerativas ao organismo.

Outro marco foi a Revolução Industrial, ocorrida na segunda metade do século XVIII, a qual ocasionou um impulso tecnológico e inovações em equipamentos a vapor, expondo os trabalhadores à agentes químicos em locais fechados e sem o devido uso de equipamentos de proteção. De acordo com Oliveira (2001):

> A Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra levou o trabalhador a se submeter a precárias condições de trabalho, jornadas extensas, acidentes de trabalho, submissão ao trabalho insalubre e perigoso. Neste contexto, a presença da figura do médico no interior da fábrica se apresenta como um meio principalmente de possibilitar a recuperação do trabalhador o mais rápido possível para o retorno ao trabalho, num momento em que a força de trabalho era necessária à industrialização. Desta forma o surgimento da Medicina do Trabalho, centrada na atuação médica se mantém até os dias atuais, dentro de um enfoque biologicista e individual, buscando a causa das doenças e acidentes de trabalho com uma abordagem unicausal.

Historicamente, inúmeros casos possibilitaram a identificação dos danos causados à saúde do trabalhador em decorrência da despreocupação ou intervenção perante as condições submetidas no ambiente de trabalho. Com o aumento de doenças e acidentes de trabalho, surgiu no final do século XIX e início do século XX um novo instrumento de intervenção, conforme destaca Navarro (1998):

> No final do século XIX e princípios do XX, dá-se o aparecimento de um novo instrumento de intervenção: a regulamentação normativa. A motivação original que impulsa os governos a legislar nesse campo é orientada mais para a paz social que para os objetivos de saúde propriamente ditos, o que explica a jurisdição sobre os problemas de saúde dos trabalhadores se localizar geralmente nos Ministérios do Trabalho e não nos Ministérios da Saúde, assim como assume um caráter fundamentalmente compensatório e não preventivo da legislação inicial sobre seguridade e higiene no trabalho. Conforma-se, desse modo, um modelo de intervenção institucional de âmbito especificamente laboral orientado de forma exclusiva aos acidentes de trabalho e às doenças profissionais e com um forte componente de 'monetização' do risco. (apud Silva, 2001, p. 10).

As consequências da Revolução Industrial foram ficando visiveis, identificadas através de estudos epidemiológicos e experimentais. Novas condições, principalmente cancerígenas, passaram a acometer trabalhadores em contato direto com agentes nocivos. (Armijo 1986, apud Silva 2001, p. 11).

Portanto, diante de tais resultados, sua regulamentação se tornou indispensável. Na sequência aborda-se legislações, regulamentações e condições instauradas a fim de buscar a minimização dos riscos profissionais pela exposição aos ambientes insalubres de trabalho.

Proteção a Saúde do Trabalhador

Com a verificação dos danos advindos da Revolução Industrial, iniciou-se aprovações nas legislações e regulamentos, trazendo possíveis "soluções" ao desgaste dos trabalhadores com a forma em que suas atividades estariam sendo realizadas.

Na Inglaterra, Nogueira (1979) esclarece que através das movimentações políticas e a busca da sociedade por mudanças que elevassem as condições que eram submetidos os trabalhadores, foi aprovada a primeira Lei de proteção, sendo sancionada pelo Parlamento Inglês no ano de 1802 a "Lei de Saúde e Moral de Aprendizes", a qual estabelecia jornada de trabalho de no máximo 12 horas diárias, proibia o trabalho noturno, obrigava a adoção de medidas de melhoria nos ambientes de trabalho, os quais deveriam estar sempre limpos, mantendo-os sempre arejados e ventilados. (apud Silva 2001, p.11).

Em 1831 a Comissão Parlamentar de Inquérito da Inglaterra declarou a cena precária do trabalhador no século XIX, conforme apresenta Wunsche (2013):

> Diante dessa Comissão Parlamentar desfilou longa procissão de trabalhadores homens e mulheres, meninos e meninas, abobalhados, doentes, deformados, degradados na sua qualidade humana, cada um deles é clara evidência de uma vida arruinada. Um quadro vivo da crueldade humana do homem para com o homem, uma impiedosa condenação imposta por aqueles que, detendo em suas mãos poder imenso, abandonam os fracos à capacidade dos fortes.

A regulamentação nas condições de trabalho no interior das fábricas se deu a partir da aprovação de atos pelo Parlamento, segundo Nogueira (1979), à todas as empresas têxteis da Inglaterra que utilizassem força hidráulica ou a vapor proibiu-se o trabalho noturno a menores de 18 anos e permitiu-se o trabalho a partir dos 9 anos, obrigatória a frequência escolar a menores de 13 anos mediante atestado médico que comprovasse o desenvolvimento da criança correspospondente a sua idade. (apud Silva, 2001, p.11).

No ano de 1879 identificou-se a relação entre o acometimento de câncer pulmonar à prévia exposição à inalação de material radioativo, sendo comprovado no século XX, após diversos estudos, a associação entre o câncer de pulmão e a exposição ao urânio. (Armijo, 1986, apud Silva, 2001, p. 12).

A visível necessidade de ampliar a saúde ocupacional fez com que em 1919 fosse constituída a Organização Internacional do Trabalho com o intuito de promover trabalhos decentes, seguros, dignos e produtivos à homens e mulheres. Conforme assinalado por Nefussi (1979), um programa de saúde ocupacional é essencial à proteção do trabalhador contra riscos do ambiente de trabalho, colocando-o em funções equivalentes à sua capacidade física, promovendo atendimento médico de emergência, fornecer reabilitação a quem apresentasse sequela ocupacional, medicina preventiva, bem como controle de riscos potenciais à saúde em decorrência do trabalho. (apud Silva, 2001, p. 14).

Após originada a OIT as preocupações aumentaram resultando em grandes avanços em curto período de tempo, conforme caracterizado por Silva (2010), a trajetória no decorrer do século XX, se deu da seguinte forma:

> A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, adotou, desde o início, normas preventivas que tratavam da limitação da jornada, do desemprego, da proteção à maternidade, do trabalho noturno de menores e mulheres e da idade mínima para admissão de crianças. Em 1953, por meio da Recomendação 97, sobre a proteção à saúde dos trabalhadores, passou a estimular os países membros a formarem seus médicos do trabalho e a instalarem serviços de Medicina do Trabalho nas empresas. No Brasil, desde 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho e com a Lei nº 6.514, de 1977, tais serviços foram previstos e o ambiente no espaço das empresas passou a ser objeto de atenção da Engenharia de Segurança e da Higiene Ocupacional, com a entrada em cena, de forma mais enfática, de profissionais das áreas de Engenharia e Toxicologia.

O controle do risco e minimização de danos teve como plano ideal a adoção de medidas de prevenção primária, através da proteção específica contra o agente, mediante estudo dos efeitos da exposição dos trabalhadores a agentes ambientais, levando em consideração a frequência e a forma em que as mesmas doenças se propagavam a indivíduos expostos às mesmas substâncias.

Entre 1990 e 2000 um novo aspecto passou a chamar a atenção da medicina, abordado por Silva (2010), evidenciou-se repercussões psíquicas, trazendo certa complexidade do envolvimento entre a saúde/doença e o trabalho. Ao passo solucionadas situações entre o trabalhador e seu ambiente de trabalho, novos elementos foram sendo notados e situações já abordadas passavam a se modificar.

Com a Portaria Nº 3.214, de 08 de Junho de 1978, houve a aprovação de 28 Normas Regulamentadoras – NR's – relativas à segurança e medicina do trabalho, as quais totalizam atualmente 36 NR's aprovadas. Estas surgiram como uma obrigatoriedade aos empregadores quanto às regras relativas à saúde e segurança no ambiente laboral.

Em sequência, serão abordadas as Normas Regulamentadoras que influenciaram diretamente trabalhadores expostos a agentes nocivos, e a influência do apoio governamental em conjunto às opiniões públicas para amenizar tais mazelas.

AGENTES NOCIVOS

A mudança no panorama da saúde e segurança dentro dos locais de trabalho foi uma iniciativa tanto do governo quanto da sociedade que se deparava com tal realidade. Com o objetivo de promover a melhoria destes quesitos e consequente evolução social, órgãos governamentais passam a estabelecer critérios relativos à identificação de riscos, técnicas e formas de gerenciá-los através da análise dos seus efeitos quando em contato ao corpo humano, métodos aceitáveis para contê-los a fim de reduzir danos, e mediante análises de viabilidade econômica.

Os agentes insalubres ou perigosos que trazem condições prejudiciais à saúde, podem ser qualificados como: Agentes Físicos, vistos em atividades que possuem ruídos acima do permitido, frio ou calor intensos, entre outros; Agentes Biológicos, por sua vez, se verificam em funções expostas a doenças e microorganismos passíveis de infecções; e Agentes Químicos quando ocorre contato ou exposição à químicos prejudiciais, como por exemplo chumbo, amianto, benzeno, cloro, etc. (CUESTA, 2020).

A insalubridade e a periculosidade estão ligadas diretamente à exposição do indivíduo a tais agentes. Previsto na Norma Regulamentadora Nº 15, para que se caracterize um agente insalubre, o trabalhador deverá estar em contato de modo habitual, mas com limites de tolerância, ou seja, há uma análise de concentração ou intensidade máxima/mínima à natureza da atividade e ao tempo de exposição do agente, podendo a insalubridade variar do grau mínimo ao grau máximo. Em anexo à referida NR, há menção

das seguintes condições de insalubridade: agentes químicos e biológicos, condições hiperbáricas, exposição ao calor e frio, poeiras minerais, radiações ionizantes, radiações não-ionizantes, ruído contínuo, intermitente ou de impacto, umidade e vibrações. (COMETRA, 2017).

Do outro lado, de acordo com o que apresenta a Consultoria em Medicina e Segurança do Trabalho (2017), a Norma Regulamentadora nº 16 trata de atividades e operações perigosas que a partir do seu exercício trazem riscos iminentes à vida de quem os opera, tais como o uso, manipulação e transporte de explosivos e inflamáveis, exposição à radiações ionizantes ou substâncias radioativas, roubos ou qualquer espécie de violência física, energia elétrica e o uso de motocicleta.

As consequências aos indivíduos expostos diariamente a fatores que são prejudiciais à saúde são ínfimas quando não há observação dos seus limites de exposição. A ACGIH – A Conferência Americana de Higienistas Industriais Governamentais – através de seu conselho administrativo, estipula valores-limite às substâncias químicas e agentes físicos, e índices de exposição biológica. Estes dados não são projetados para serem utilizados como padrões, mas utilizados como referência para avaliação e controle de exposições no ambiente de trabalho. No que diz respeito às substâncias químicas, os limites de exposição referem-se às concentrações dispersas no ar e que representam condições às quais diariamente a maioria dos trabalhadores possam estar expostos, repetidamente, sem sofrer efeitos adversos à saúde. Todavia, outros podem apresentar desconforto, ou até efeitos adversos quando expostos a tais substâncias em concentrações iguais ou até inferiores. Tal suscetibilidade pode decorrer de idade, sexo, características étnicas, predisposições, estilo de vida, ingestão de medicamentos e condições médicas preexistentes. (ACGIH, 2011, p. 3, 4).

Quando ultrapassados os limites ou a exposição combinada de agentes físicos e químicos, a ACGIH traz a seguinte observação (2011, p. 125):

> Combinações de agentes físicos, tais como: calor, radiação ionizante e ultravioleta, umidade, pressão anormal (altitude) e similares, bem como a interação de agentes físicos com substâncias químicas no local de trabalho, podem provocar uma sobrecarga no organismo, de modo que os efeitos da exposição em nível definido do TLV[1] podem ser alterados. Essa tensão pode atuar adversamente, aumentando a resposta tóxica a uma substância estranha. Embora a maioria dos TLVs tenha embutidos fatores de segurança como proteção contra efeitos adversos à saúde, os fatores de incerteza para a maioria das exposições não tem magnitude suficiente para compensar desvios exagerados. Em tais circunstâncias, é necessário o parecer de profissional especializado para o ajuste adequado do TLVs.

A partir da realização de estudos foram alcançadas medidas para apontar os limites

[1][3] TLV em inglês, "*Thereshold Limit Value"*, referem-se às concentrações das substâncias dispersas na atmosfera que representam as condições sob as quais se acredita que quase todos os trabalhadores possam estar expostos continua e diariamente, sem apresentar efeitos adversos à saúde. (Pamela Cintra, 2018)

da exposição à agentes ou substâncias nocivas, devendo a exposição do trabalhador possuir caráter limitativo e de segurança, visto que se extrapolado os níveis aceitáveis, este poderá ser acometido de prejuízos irreversíveis.

Neste sentido, o presente Artigo passa a abordar a Seguridade Social e a Aposentadoria Especial, mediante a apresentação de seu histórico, objetivos, finalidades e mudanças advindas da reforma previdenciária.

SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

No Brasil a Seguridade Social teve seus primeiros indícios logo que o país foi sendo povoado e a necessidade por atendimento médico se intensificando. Na Constituição Política do Império, Carta de Lei de 25 de Março de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, trouxe a matéria securitária de forma breve e sucinta, em seu art. 179, garantindo pela Constituição o acesso público à saúde. (BRASIL, 1824)

De acordo com o abordado por Tanaka (2016), sinais da Seguridade Social foram preconizados através de uma iniciativa do Império a fim de assegurar direitos relativos à saúde aos cidadãos. O marco inicial da Previdência Social e uma visão mais completa da proteção social iniciou-se com a sanção do Decreto nº 4.682 de 1923, conhecida por "Lei Eloy Chaves", vindo a instituir a caixa de aposentadoria e pensões aos empregados das empresas ferroviárias do País com caráter de Previdência Privada.

Em atenção às Caixas de Aposentadorias e Pensões, Tanaka (2016) relata que as mesmas foram inicialmente divididas por segmentos profissionais, unificando a legislação e o regulamento de cada Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAP) através da Lei Orgânica da Previdência Social sob nº 3.807 em 1960. Após evidente aumento dos IAPs, a fim de buscar a padronização dos regulamentos, foi realizada a fusão de tais Institutos a resultando na criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), uma autarquia que salvaguarda benefícios e direitos de seus segurados, raiz do atual Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). (TANAKA, 2016).

As mudanças no cenário previdenciário do País foram cada vez mais recorrentes, sendo a mais recente delas abordada no próximo capítulo deste trabalho.

A Reforma Previdenciária

A busca pela reforma previdenciária se iniciou com a apresentação da PEC 19 pelo governo Bolsonaro, segundo considerações realizadas por Maya e Ceolin (2019), no ponto de vista do Governo Federal tal reforma visava evitar custos excessivos às futuras gerações e o comprometimento do pagamento de benefícios de aposentadorias e pensões.

Maya e Ceolin (2019) ainda levantam pontos considerados para razoabilizar a necessidade pela reforma previdenciária o Governo, os quais foram baseados no aumento da expectativa de vida e diminuição da taxa vegetativa. Da mesma forma, outra consideração apurada foi que a idade mínima brasileira para aposentadoria está entre as

menores em comparação aos demais países, e o principal fundamento à defesa da reforma previdenciária está ligada diretamente ao déficit nas contas da Previdência, a qual poderia se tornar insustentável.

Por outro lado, a proposta pode ser verificada como arbitrária. Maya e Ceolin (2019) levantam a possibilidade de agravar a desigualdade de gênero perante a mulher junto ao mercado de trabalho e no convívio familiar, além da busca por novo cálculo base para apurar o salário dos benefícios, o qual, teria uma diminuição drástica, passando a considerar a média salarial de todas as contribuições do segurando, sendo anteriormente considerada a média salarial de 80% das maiores contribuições a contar de julho de 1994.

Contudo, a partir da promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, a Aposentadoria Especial foi severamente atingida, refletindo tanto em seus requisitos quanto em sua base de cálculo, expostos a seguir.

A Aposentadoria Especial Antes e Após a Reforma Previdenciária

A Aposentadoria Especial surgiu junto à Previdência Social como um benefício aos trabalhadores, ora segurados, que exerciam atividades expostos à agentes desfavoráveis a saúde. Atividades que colocariam em risco a vida, trariam malefícios à integridade física ou lesionavam a saúde de forma gradativa, com o objetivo de conceder uma espécie de "benesse", mediante a redução do seu tempo de contribuição em razão ao risco enfrentado no decorrer de sua vida laboral.

Prevista na Lei 8.213/1991, em seu art. 18, inciso I, alínea d, a Aposentadoria Especial é elencada como devida em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, cuja denominação encontra-se aludida no art. 19 da mesma lei, como sendo o que ocorre pelo exercício do trabalho provocando lesão corporal ou perturbação funcional, que cause morte, perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade ao trabalho (BRASIL, 1991).

De acordo com registros de Bramante (2019), aplica-se tal modalidade de aposentadoria quando constatada a nocividade e a exposição de forma permanente às atividades, que envolvam agentes físicos, como ruído, calor, radiação ionizante, frio, umidade excessiva; químicos, como benzeno, solventes, hidrocarbonetos, arsênicos, chumbo; e/ou biológicos, sendo vírus, bactérias, protozoários, microorganismos vivos, entre outros.

A legislação convencionava a obrigatoriedade de 180 contribuições mensais, totalizando 15 anos de contribuição, devida, nos termos do art. 57 desta Lei, uma vez cumprida a carência exigida, ao segurado que tenha trabalhado efetivamente durante 15, 20 ou 25 anos, a depender da atividade profissional, sujeito à condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (BRASIL, 2019).

Entretanto, a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019 resultou em alterações às previsões legais previdenciárias, instituindo aos trabalhadores filiados ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) a partir de 13/11/2019, o requisito de idade

mínima para requerimento de Aposentadoria Especial. Conforme previsão constante no art. 19, §1º da EC 103/2019, fixa-se a idade mínima de 55, 58 ou 60 anos, baseando-se no tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos, respectivamente (BRASIL, 2019).

Destacado por Cruz (2021) o segurado que busca receber a Aposentadoria Especial deve comprovar a efetiva, habitual e permanente exposição a agentes nocivos, não bastando ser exposto de forma ocasional ou intermitente, ou seja, entende-se por habitual como uma situação corriqueira, e ao termo permanente entende-se como sendo o exercício da função em ambiente de trabalho que haja tal exposição.

Aos trabalhadores filiados ao Regime Geral da Previdência Social até a data de 13/11/2019 foi instituída a regra de transição definida a partir da pontuação resultante da soma da idade ao tempo de exposição, da seguinte forma: exposições de baixo risco requerem 86 pontos sendo, no mínimo, 25 anos de exposição; ao risco médio são exigidos 76 pontos com, ao menos, 20 anos de exposição; e alto risco estabelece-se 66 pontos para, no mínimo, 15 anos de exposição. (CRUZ, 2021).

A permanência de um trabalhador que, conforme exemplo trazido pelo Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (2019), um mineiro que exerce suas atividades em minas, local de baixa oxigenação e alto nível de poeira, poderá causar os mais diversos problemas de saúde, tais como pneumoconiose, distúrbios no coração, diminuição digestiva do organismo, havendo probabilidades altas do trabalhador sujeito a tais condições ser considerado incapaz ao trabalho entre seus 35 e 45 anos. A partir de tais pressupostos, Lazzari (2021, p. 336) também manifesta-se no seguinte sentido:

> Entendemos que não se mostra condizente com a natureza dessa aposentadoria a exigência de idade mínima para a inativação. Isso porque esse benefício se presta a proteger o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas e sujeito a um limite máximo de tolerância com exposição nociva à saúde. Basta imaginar um mineiro de subsolo em frente de escavação que começa a trabalhar com 21 anos de idade, e após 15 anos de atividade, cumpre o tempo necessário para aposentadoria. Como estará com 36 anos de idade, terá que aguardar até os 55 anos. Com mais alguns anos de trabalho, além dos 15 previstos como limite de tolerância, estará inválido ou irá a óbito, em virtude de doenças respiratórias ocupacionais, tais como asma ocupacional, pneumoconiose e pneumonia de hipersensibilidade.

Além da exigência de idade mínima, as novas regras buscaram novas alíquotas de contribuição e no cálculo do salário dos benefícios, o qual, em registros do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (2019), não seriam mais computados de forma integral, e sim na quantia de 60% da média salarial somado à 2% para cada ano que ultrapassar 20 anos.

A partir da reforma previdenciária, o caráter "especial" da Aposentadoria vem sendo afastado e em desencontro às previsões constitucionais que visam a qualidade de vida e

saúde do trabalhador, aspectos a serem abordados no próximo capítulo.

Efeitos da Emenda Constitucional 103/2019 na Carta Magna

Além das modificações legislativas previdenciárias, a EC 103/2019 também produziu efeitos diretos à Constituição Federal. Tais efeitos conferiram institutos contrários às premissas iniciais do benefício de Aposentadoria Especial. A alteração conferiu nova redação ao art. 201, §1º, inciso II, passando a seguinte previsão:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:
> §1º. É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:
> (...) II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categorial profissional ou ocupação. (BRASIL, 2019)

Preliminarmente, se vê de forma clara que a cumulatividade dos requisitos de idade mínima e tempo de contribuição/exposição contrariam os princípios básicos da Aposentadora Especial e as premissas de proteção à população.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 6º, constitui o direito à saúde e previdência social como um Direito Social, havendo, ainda, disposto em seu artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para que esta se faça possível, mediante recursos orçamentários da seguridade social, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1988).

Em atenção ao exposto por Santos (2021, p. 57), tal dispositivo legal encontra-se ligado ao princípio da universalidade do direito à saúde, tanto em decorrência a sua ampla cobertura, vez que se dirige à promoção, proteção e recuperação do indivíduo, quanto pelo atendimento, visto garantir a todos o direito e acesso igualitário aos serviços de saúde.

A Constituição Federal abrange ainda de forma explícita em seu artigo 200, a competência do Sistema Único de Saúde de atendimento às ações de vigilância sanitária, epidemiológica, e saúde do trabalhador. (BRASIL, 1988)

Ocorre que o legislador em suas premissas iniciais na busca pela reforma

previdenciária focou em evitar o déficit da Previdência Social, almejando o melhor custo-benefício de suas alterações legislativas, sem se preocupar com a forma que tais alterações impactariam a saúde e qualidade de vida dos trabalhadores.

O organismo do trabalhador após exposição à agentes nocivos por 15, 20 ou 25 anos, claramente se encontrará degenerado, e a impossibilidade de concessão da aposentadoria após cumprido tal período, sujeitará tais trabalhadores a permanecerem exercendo suas atividades em ambiente insalubre. Se o início da vida laboral se deu aos 18 anos exposto a agentes nocivos de alto, médio ou baixo risco, a probabilidade deste alcançar a idade mínima necessária à concessão da aposentadoria será consideravelmente baixa, e se esta vier a ser concedida, a integridade física e mental do segurado possivelmente estará comprometida, e a garantia de desfrutar de sua Aposentadoria com dignidade será quase inexistente.

Cabe ressaltar, dentre as garantias fundamentais da pessoa humana encontra-se a dignidade, abordada nos princípios gerais da atividade econômica, no artigo 170 da Constituição Federal, a qual fundamenta-se mediante a valorização do trabalho, a fim de assegurar a todos a existência digna conforme ditames da justiça social. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a realização de atividades econômicas devem observar o princípio da dignidade humana, a qual segundo Motta (2013), diz respeito a um eixo de tolerabilidade, uma forma de proteger e delimitar até que ponto um fato ou situação é considerado tolerável, vez que, quando considerados intoleráveis e violadores da dignidade humana devem ser evitados pelo Estado. Sob o ponto de vista de Motta (2013):

> Por sua vez, os fatos e situações considerados intoleráveis, violadores da dignidade humana, são aqueles que o Estado e a coletividade não poderiam exigir que algum indivíduo os tolerasse. O indivíduo, por si só, pode optar por suportar certas situações intoleráveis, desde que se trate de direito ou bem jurídico disponíveis, mas em razão da *intolerabilidade* geral o Estado não pode lhe obrigar a realizar tal escolha, sob pena de violar-lhe a dignidade como pessoa humana. A dignidade da pessoa humana se correlaciona diretamente ao conceito de *mínimo existencial* abordado por diversos autores, ou seja, a certos bens, oportunidades ou direitos cuja privação é considerada intolerável na medida em que se aviltaria a existência do ser.

As alterações advindas da Emenda Constitucional 103/2019 trouxeram uma prerrogativa extremamente econômica, ignorando sua repercussão nos fatores sociais e contrariando premissas constitucionais de proteção ao trabalhador, sua dignidade e prevenção à saúde, vez que a concessão da Aposentadoria Especial sempre foi a estratégia para se evitar a incapacidade permanente ou a morte de um trabalhador, de forma que buscava reduzir o período de exposição e tempo de serviço.

Atualmente, um grande número de trabalhadores permanecem exercendo atividades em condições insalubres, motivo pelo qual não se vê justificativa para tamanho retrocesso do legislador, ferindo princípios constitucionais a fim de viabilizar vantagens econômicas

futuras e incertas, pondo em risco a vida e a saúde do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do artigo ora redigido, percebe-se a longa e constante evolução da classe laboral em consonância às condições de trabalho e seu avanço legal.

Com a escravidão no Brasil se vê claramente a omissão frente à forma de trabalho inóspita que os indivíduos eram submetidos, as quais tiverem como resultado a aparição de doenças e qualidades indignas de vida. Posteriormente com o aumento da utilização de máquinas, trabalhadores passaram a ser expostos a insumos tóxicos em locais fechados e sem proteção, agravando ainda mais as condições danosas à saúde.

A partir destes, se tornou visível a necessidade de reduzir condições agravantes à saúde nos ambientes de trabalho, portanto, o Governo passou a sancionar previsões legais atinentes a tais melhorias, promovendo o bem estar dos trabalhadores perante sua saúde ocupacional, identificando riscos e buscando o controle e minimização de danos.

Constata-se uma importante contribuição em razão de tal tema foi a aprovação das Normas Regulamentadoras relativas à segurança e medicina do trabalho, as quais convencionaram regras e delimitaram a gravidade de agentes nocivos à saúde. Em especial às NR's 15 e 16 que caracterizaram condições insalubres e periculosas, interpondo a obrigatoriedade de medidas a serem observadas pelo empregador.

Em razão da necessidade de proteção ao trabalhador, a Seguridade Social assegurou direitos relativos a saúde dos cidadãos, instituindo aposentadorias, pensões e benefícios previdenciários. Entretanto, em 2019, com a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, se evidenciaram reflexos negativos à Aposentadoria Especial, na qual instituiu-se o requisito de idade mínima para sua concessão, obrigando trabalhadores a permanecerem no exercício de suas funções até alcançarem 55, 58 ou 60 anos, baseado no tempo de exposição à agentes nocivos de 15, 20 ou 25 anos, respectivamente. A partir de tais definições, pode-se concluir que houve o afastamento do caráter especial da Aposentadoria, vez que esta visava a manutenção da qualidade de vida do trabalhador, a qual restou ferida com tais alterações.

O presente Artigo Científico buscou elucidar a inconstitucionalidade das alterações trazidas pela reforma previdenciária, principalmente diante a inserção de novos requisitos à Aposentadoria Especial, os quais vão em desencontro com os princípios e benesses de tal modalidade de Aposentadoria, afrontando diretamente a Constituição Federal em sua premissa de proteção à integridade física e existência digna da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

A Revolução Industrial: marco da evolução da saúde e segurança dos trabalhadores. Sogi. 27 de Fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.sogi.com.br/blog/saude-e-seguranca-ocupacional-sso/. Acesso em 6 abr. 2021.

ACGIH Board Ratifies 2021 TLVs and BEIs. **ACGIH.** Disponível em https://www.acgih.org/news_articles/acgih-board-ratifies-2021-tlvs-and-beis/. Acesso em: 06 maio 2021.

Batista, L. J. Grupo GEN. **Direito Previdenciário.** 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990756/. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRAMANTE, Adriane. **Aposentadoria Especial:** Atividades com esposição a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física. Abr. 2019. Disponível em: https://bramanteprevidencia.adv.br/especialidade/direito-previdenciario/aposentadoria-especial/. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 103.** Brasília, 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-103-227649622. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 3.807 de 26 de Agosto de 1960.** Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.html. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.212, de 24 de Julho de 1991.** Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.213, de 24 de Julho de 1991.** Brasília, 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.html. Acesso em: 14 jul. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário:** de acordo com a Reforma Previdenciária EC 103, de 12.11.2019. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020.

CINTRA, Pâmela. **Limites de Exposição Ocupacional:** NR 15 e ACIGH. 13 de março de 2018. Disponível em: http://www.enesens.com.br/limites-de-exposicao/. Acesso em: 09 ago. 2121.

Consultoria em Medicina e Segurança do Trabalho – COMETRA. **NRs 15 e 16 Insalubridade e Periculosidade.** 09 de Janeiro de 2017. Disponível em: http://cometra.com.br/nrs-15-e-16-insalubridade-e-periculosidade/. Acesso em: 20 abr. 2021.

CRUZ, Carlos Henrique. **Aposentadoria Especial:** o que muda com a reforma da previdência. 6 Jan. 2021. Disponível em: https://chcadvocacia.adv.br/blog/aposentadoria-especial/. Acesso em: 28 jul. 2021.

CUESTA, Ben-hur. **Aposentadoria Especial:** Novas regras de EPI. Disponível em https://ingracio.adv.br/regras-de-epi-aposentadoria-especial/. Acesso em: 21 abr. 2021.

CUESTA, Ben-hur. **Quais são os Agentes Insalubres na Aposentadoria Especial?.** Disponível em https://ingracio.adv.br/os-agentes-insalubres-na-aposentadoria-especial/. Acesso em: 21 abr. 2021.

FACTORY Act 1833. The National Archives. Disponível em https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/1833-factory-act/. Acesso em: 15 abr. 2021.

Gabinete do Ministro. **Portaria nº 3.214, de 08 de Junho de 1978.** Brasilia 1978. Disponível em https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_legislacao/SST_portarias_1978/Portaria_3.214_aprova_as_NRs.pdf. Acesso em: 21 Abr. 2021.

INGRÁCIO, Aparecida. **Aposentadoria Especial por Insalubridade 2021**. 07 de Maio de 2019. Disponível em: https://ingracio.adv.br/aposentadoria-especial-por-insalubridade/. Acesso em: 23 jul. 2021.

Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. **A PEC 06/2019 acaba com a Aposentadoria Especial.** 27 de Fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.ibdp.org.br/?p=1041. Acesso em: 10 ago. 2021.

Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. **Novo Projeto da Reforma da Previdência Desconstitucionaliza.** 21 de Fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.ibdp.org.br/?p=1034. Acesso em: 10 ago. 2021.

LIMA, Prince Vangeris Silva Fernandes de. OLIVEIRA, Kamila Alaman de Oliveira. SANTOS, Dayane Luizy Ribeiro dos. **Aspectos gerais da saúde dos escravos no Brasil:** revisão de literatura. Revista Eletronica Gestão & Saúde. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/rgs/article/view/3471. Acesso em: 5 Abr. 2021.

MAYA, Isabela. CEOLIN, Monalisa. **Reforma da Previdência Social:** argumentos contra e a favor. 02 de Outubro de 2019. Disponível em: https://www.politize.com.br/reforma-da-previdencia-argumentos/. Acesso em:09 ago. 2021.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição.** 01 de Dezembro de 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/. Acesso em: 10 ago. 2021.

OLIVEIRA, Regina Márcia Rangel de**. A abordagem das lesões por esforços repetitivos/distúrbios osteomoleculares relacionados ao trabalho** - LER/DORT no Centro de Referência em Saúde do Trabalhador do Espírito Santo - CRST/ES. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. Disponível em https://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00005102&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 07 abr. 2021.

Organização Internacional do Trabalho. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

PORTO, Angela. **A Saúde dos Escravos na Historiografia Brasileira.** Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/conferencias/Angela%20Porto.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

PÔRTO, Angela. **O sistema de saúde do escravo no Brasil do século XIX:** doenças, instituições e práticas terapêuticas. História, Ciências, Saúde – Manguinhos. Dezembro 2006. Rio de Janeiro. Acesso em:15 abr. 2021.

Santos, Marisa Ferreira Dos. **Sinopses Jurídicas v 25 - Direito previdenciário.** Editora Saraiva, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592429/. Acesso em: 23 jul 2021.

SANTOS. Marisa Ferreira dos. **Esquematizado:** Direito Previdenciário. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593303/. Acesso em: 10 ago. 2021

SELIGMANN-SILVA, Edith. BERNARDO, Márcia Hespanhol. MAENO, Maria. KATO, Mina**. Saúde do Trabalhador no início do século XXI.** 22 Junho de 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbso/a/brV4C3SmJ6SF5DpwG6rpWHm/?lang=pt. Acesso em: 14 abr. 2021.

TANAKA, Eduardo. **Previdenciário – Aula 132** (Seguridade Social – Origem e Evolução Legislativa do Benefício). Youtube. 17 de março de 2016. Disponível em https://youtu.be/dS7hL1RFv6k. Acesso em: 14 jul. 2021.

ZANELLI, José Carlos. SILVA, Narbal. SOARES, Dulce Helena Penna. **Orientação para aposentadoria nas organizações de trabalho:** construção de projetos para o pós-carreira. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010.

RECURSO DE REVISTA: ADMISSIBILIDADE, AMPLA DEFESA E CERCEAMENTO DE DEFESA

Mônica Guzzo Mondadori de Oliveira[1]
Vera Maria Calegari Detoni[2]
Deise Anne Longo[3]

RESUMO: O recurso de revista é endereçado à última instância na área trabalhista (Tribunal Superior do Trabalho), cuja admissibilidade depende do preenchimento de requisitos extrínsecos e intrínsecos; estes, na maioria dos processos, são tidos como não preenchidos, mediante justificativas pré-estabelecidas e repetitivas, que ferem o princípio da ampla defesa, caracterizando nítido (agravamento do) cerceamento de defesa; por sua vez, o cerceamento de defesa muitas vezes já resta configurado com a exigência do depósito recursal prévio a ser feito pela parte (um dos requisitos extrínsecos), em valor correspondente ao atribuído provisoriamente à condenação, ou, se inferior a este, aquele estabelecido prévia e anualmente pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho. O valor previsto na Tabela de Depósitos Recursais vigente desde 01/08/2021, para interposição do Recurso de Revista é de R$ 21.973,60 (vinte e um mil novecentos e setenta e três reais e sessenta centavos). Há apenas um recurso, o Agravo de Instrumento, previsto contra decisões denegatórias do recurso de revista, igualmente condicionado a depósito recursal prévio no valor de 50% (cinquenta por cento) daquele previsto para a interposição do recurso de revista.

Palavras-chave: Recurso de Revista. Ampla Defesa. Cerceamento de Defesa. Análise. Requisitos de Admissibilidade.

INTRODUÇÃO

O princípio constitucional fundamental da ampla defesa não se refere apenas e tão somente a defesa da parte requerida e a possibilidade de a parte e terceiros interessados poderem produzir todos os meios de prova permitidos em lei; deve ir além, no sentido de garantir à parte o acesso a todos os graus de jurisdição, dentro de limites possíveis e exigíveis, bem como de regramentos claros, afastando ao máximo a subjetividade daquele(s) a quem caberá fazer tal análise.

Em contrapartida o cerceamento de defesa se dá quando se opõem obstáculos às partes e terceiros interessados, dificultando e até mesmo impedindo a busca e/ou defesa de seus direitos, acarretando prejuízo em relação aos objetivos buscados nas demandas.

[1] Graduada em Direito (URI – Câmpus de Erechim-RS – 2004), Pós-graduada em Processo Civil e Novos Direitos (Unoesc – Câmpus de Joaçaba-SC), *E-mail*: monicaguzzomondadori@gmail.com

[2] Professora Orientadora, Mestre em Direito (URI, Santo Ângelo-RS, 2008), Coord. do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e da Missões – URI, Câmpus de Erechim/RS. *E-mail*: vera@uri.com.br.

[3] Professora coorientadora, Pós-graduada em Direito do Trabalho. Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Erechim-RS. *E-mail*: dlongo@trt4.jus.br

O cerceamento de defesa ultrapassa o indeferimento de provas requeridas e a possibilidade de se manifestar acerca das provas apresentadas, sendo caracterizado também em inúmeras decisões denegatórias de seguimento ao recurso de revista interposto pelas partes.

O Recurso de Revista é aquele interposto contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, em julgamento de recurso ordinário ou agravo de petição (em sede de execução), em ações individuais; seu julgamento é de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Porém, os entraves são tantos (agravados demasiadamente pela subjetividade de quem analisa sua admissibilidade e concede, ou não, seguimento – TRT e TST, eis que vigente a dupla análise dos requisitos de admissibilidade, pelo Juízo "a quo" e Juízo "ad quem", respectivamente), que na prática não raro se verifica o desrespeito ao princípio constitucional fundamental da ampla defesa e a caracterização do cerceamento de defesa.

Em razão das consequências, se constata que a situação atinge e traz prejuízos aos operados do direito, em suas mais diversas áreas, seja por não conseguirem fazer valer os direitos das partes que defendem, seja por não fazer valer a aplicação do direito, quando tal obrigação lhe incumbe.

DEFINIÇÃO DE RECURSO DE REVISTA, AMPLA DEFESA E CERCEAMENTO DE DEFESA

Para compreender a relação entres os princípios da ampla defesa e cerceamento de defesa com o recurso de revista, necessária se faz a conceituação dos mesmos e implicações de cada um no âmbito judicial, mais especificamente no processo judicial trabalhista.

RECURSO DE REVISTA

Contra as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, em ações individuais de competência originária do primeiro grau de jurisdição, nos julgamentos dos recursos ordinários e agravos de petição (estes em sede de execução) interpostos pelas partes que se inconformaram com as decisões de primeiro grau, cabe recurso de revista a ser julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O recurso de revista está previsto no artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943).

Somente cabível em casos específicos, previstos no artigo acima citado; quais sejam:

> a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do

> Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
> b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;
> c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (BRASIL,1943)

Importante frisar que quando a insurgência da parte decorrer de decisão proferida por Tribunal Regional do Trabalho em face da interposição de agravo de petição, e, portanto, referente a fase de execução processual, o recurso de revista somente será cabível quando restar configurada ofensa direta e literal à norma da constituição federal, conforme se verifica no parágrafo 6º, do artigo 896, da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Ainda, nas ações cujo rito seja o sumaríssimo, o recurso de revista somente será cabível se na decisão atacada houver contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, e por violação direta da Constituição Federal, conforme se verifica no parágrafo 9º, do artigo 896, da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Tendo em vista que o que se quer abordar é a aplicação do princípio da ampla defesa e o afastamento do cerceamento de defesa, em relação ao recurso de revista, não será feita abordagem de casos mais específicos de cabimento deste, tais como em processos de execução fiscal, por exemplo.

Importante frisar que o Recurso de Revista tem por objetivo a uniformização da jurisprudência, no sentido de fazer com que os Tribunais Regionais do Trabalho interpretem a legislação de forma correta. (PETZINGER, 2019).

Ainda, é vedado ao Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de Recurso de Revista, o reexame de fatos e provas; a análise se restringe ao direito material ou processual. (Súmula 126 do TST).

Seguindo, do disposto no artigo 896, da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), se verifica que a admissibilidade do recurso de revista está condicionada a análise de requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Os requisitos extrínsecos possuem natureza formal; estão previstos na parte final do parágrafo quinto, do art. 896, da CLT; são eles: a tempestividade, o preparo (depósito recursal e custas processuais) e a regularidade da representação processual.

Os requisitos intrínsecos dizem respeito ao direito de recorrer da parte; estão previstos de forma expressa nas alíneas “a”, “b” e “c”, e no parágrafo segundo, todos do art. 896, da CLT.

No ordenamento jurídico brasileiro vige a regra da duplicidade dos juízos de admissibilidade do recurso; a primeira é realizada pelo Juízo "a quo", ou seja, aquele que proferiu a decisão atacada, podendo ser positiva (dando sequência ao julgamento das razões recursais pelo tribunal competente), ou negativa (negando seguimento ao julgamento do recurso pelo tribunal superior); a segunda é realizada pelo Juízo "ad quem", ou seja, aquele a quem é dirigido o recurso, igualmente podendo ser positiva (adentrando na análise do mérito do recurso) ou negativa (impedindo o exame do mérito recursal).

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O Princípio da Ampla Defesa está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL,1988)

Cabe elucidar o que se entende por princípios, no âmbito do direito. Resumidamente, de acordo com De Plácido e Silva (1989, p. 447), "[...] princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito."

Oportuno reforçar que a ampla defesa se trata de princípio constitucional fundamental, eis que inserido expressamente no texto constitucional, conforme acima transcrito.

Em uma análise preliminar, pode parecer que o princípio da ampla defesa está relacionado apenas e tão somente a parte que for demandada em juízo. Porém, para que seja dada efetiva, regular e justa tramitação a processos administrativos e judiciais, a ampla defesa deve ser assegurada para todos os envolvidos; ou seja, para o polo ativo e passivo das demandas, bem como a eventuais terceiros interessados ou envolvidos.

Objetivamente, a ampla defesa é a possibilidade que deve ser concedida para que toda e qualquer alegação seja deduzida pelas partes (ou terceiros), bem como sejam produzidas todas as provas em direito permitidas. E, indo além, é o direito assegurado de acesso a todas as instâncias existentes (incluindo os tribunais superiores), na busca de fazer valer o seu direito, através da oportunidade de apresentar, dar a conhecer, suas razões e provas.

Podem ser citados os seguintes exemplos de aplicação prática e observância do princípio constitucional da ampla defesa: o direito de citação conferido a parte requerida, para que esta se manifeste; o direito ao contraditório, assegurado a todas as partes e terceiros interessados e/ou envolvidos; o direito assegurado às partes para apresentação de provas; o direito das partes à assistência judiciária; o direito das partes à interposição de recursos às instâncias superiores; entre outros. (ALMEIDA, 2002).

Em que pese se tratar de princípio fundamental e estar assegurado constitucionalmente, ainda é descumprido em muitas circunstâncias, bem como não é observado em toda a sua amplitude e dimensão (FIGUEIREDO, 2018).

CERCEAMENTO DE DEFESA

O Cerceamento de Defesa resta configurado sempre que forem impostos obstáculos às partes, que venham a impedir a busca e/ou defesa de seus direitos, nas formas previstas em lei, trazendo prejuízo em relação aos objetivos processuais almejados.

No âmbito dos processos judiciais, em especial nos processos trabalhistas, o entendimento é de que o cerceamento de defesa ocorre, de regra, em duas situações, quais sejam, quando não é dado à(s) parte(s) oportunidade para se manifestar acerca de prova produzida ou juntada aos autos, e quando é indeferida a produção de prova requerida (normalmente indeferimento de oitiva de testemunha).

Porém, o cerceamento de defesa pode estar presente em situação um tanto corriqueira, especialmente quando se trata da parte reclamada no processo trabalhista; tal se dá nas reiteradas decisões que negam seguimento ao recurso de revista.[1] O gráfico a seguir, referente as decisões de admissibilidade dos Recursos de Revista pelo Tribunal Regional da 4ª Região demonstra:

Decisões admissibilidade RR x Ano de Publicação

Fonte: https://dados.trt4.jus.br/extensions/RR/RR.html

[1] "Em 2020, foram interpostos 38.050 recursos de revista na 4ª Região, pouco menos que no ano anterior, quando ingressaram 39.748. Ao longo do ano, foi analisada a admissibilidade de 48.146 recursos, e outros 1.728 foram baixados. Apenas 5% dos recursos de revista examinados atenderam aos pressupostos e foram admitidos e encaminhados ao TST." (https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/438066 - Publicado em 08/01/2021 - Acesso em: 7 de ago. 2021.

Assim, possível afirmar que o cerceamento de defesa fere diretamente o princípio constitucional fundamental da ampla defesa.

ÓBICES AO CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA E MECANISMOS PARA SOLUÇÃO

Óbices ao Conhecimento e Seguimento do Recurso de Revista

Embora o acesso ao Tribunal Superior do Trabalho, através da interposição de Recurso de Revista deva obedecer a critérios[1] e preencher requisitos extrínsecos e intrínsecos, o rigor excessivo na análise destes, aliado a subjetividade em relação aos últimos, caracterizam cerceamento de defesa e a inaplicabilidade do princípio constitucional fundamental da ampla defesa.

De início se pode apontar a necessidade do preparo (requisito extrínseco), que engloba as custas judiciais (no percentual de 2% sobre o valor atribuído a condenação) e o depósito recursal, que se configuram como o primeiro óbice a aplicação e respeito ao princípio da ampla defesa, considerando os expressivos valores que representam.

O valor do depósito recursal para o recurso de revista é anualmente atualizado pelo Tribunal Superior do Trabalho; o valor atualmente vigente (a partir de 01/08/2021) é de R$ 21.973,60 (vinte e um mil novecentos e setenta e três reais e sessenta centavos), sendo reduzido caso o valor atribuído a condenação seja inferior a este.

Outra possibilidade de redução do depósito recursal, que permite o depósito de apenas 50% (cinquenta por cento) do valor previsto ou estimado na condenação, é a disposta no parágrafo 9º, do art. 899, da CLT, que foi incluído pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que beneficia entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais (MEI), microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

Cabe citar ainda que as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial estão isentas do recolhimento do depósito recursal, conforme disposto no parágrafo 10º, do art. 899, da CLT; mais um benefício incluído pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

Obrigatório referir que, de acordo com a Súmula 297, do Tribunal Superior do Trabalho e inciso I, do parágrafo 1º-A, do art. 896, da CLT, indispensável para interposição do Recurso de Revista é ter havido o prequestionamento da matéria atacada no âmbito do Juízo "a quo"; ou seja, a questão de direito deve ter sido abordada previamente pela parte, antes da interposição do recurso de revista, bem como deve a mesma ter sido analisada pelo Juízo "a quo".

[1] Considerando que ao TST cabe uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Regionais e assegurar a correta interpretação e aplicação das normas legais.

Informação pertinente que, novamente, denota maiores dificuldades à parte reclamada em ver reconhecido e aplicado o princípio da ampla defesa, bem como afastado o cerceamento de defesa, é a de que em raríssimos e pontuais casos há o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita em favor de pessoas jurídicas; única hipótese[1] em que não está obrigada ao recolhimento do depósito recursal e custas processuais de forma prévia, para fazer valer seu direito legal (ao menos em tese) de acesso ao Tribunal Superior do Trabalho.

Não bastasse os óbices supracitados, há os já abordados requisitos extrínsecos e intrínsecos, que devem ser preenchidos, sob pena de não seguimento ao recurso de revista interposto.

Relembrando que tais requisitos são analisados por duas vezes, inicialmente pelo Juízo "a quo", que no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região cabe ao seu Vice-Presidente; e posteriormente pelo Juízo "ad quem", que no caso do Recurso de Revista interposto em face de decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho, em dissídios individuais, é de atribuição do Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto a análise do preenchimento dos requisitos extrínsecos, não existem maiores dificuldades. O problema reside justamente na análise (subjetiva) do preenchimento dos requisitos intrínsecos.

Vale ressaltar que a esmagadora maioria das decisões que negam seguimento ao recurso de revista, tem por fundamento: a) o não preenchimento do pressuposto adicional de admissibilidade pertinente ao apontamento específico do item onde se encontra a inconformidade da parte, decorrente do prequestionamento da divergência; b) o não preenchimento do requisito intrínseco pertinente ao apontamento específico do item onde se encontra a inconformidade da parte, decorrente da divergência entre o julgamento proferido em relação ao julgamento em casos idênticos, por outros Tribunais Regionais, ou pela Seção de Dissídios Individuais 1, do TST; requisito este trazido pela Lei nº 13.015/2014.

Não raro, embora a parte recorrente tenha apontado e demonstrado de forma objetiva: a) o trecho onde se verifica o prequestionamento da divergência objeto do recurso, ou b) onde se encontra a divergência atacada; e, mesmo assim, tem negado seguimento ao Recurso de Revista justamente sob o fundamento de que o pressuposto adicional de admissibilidade ou o requisito intrínseco não teria sido preenchido.

Com a entrada em vigor da chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que inseriu o art. 896-A, da CLT, passou a ser exigida também a existência da transcendência, como requisito intrínseco para a admissibilidade do Recurso de Revista. A existência ou não de tal requisito é analisada somente pelo Juízo "ad quem", ou seja, pelo Tribunal Superior do Trabalho; inclusive, por decisão monocrática do Relator.

[1] Há a exceção prevista no §9º, do art. 899, da CLT, de que as empresas em recuperação judicial estão isentas do depósito recursal.

Brevemente, para restar caracterizada a transcendência, a causa que se pretende levar ao exame pelo Tribunal Superior do Trabalho deve ser relevante ao ponto de extrapolar a causa em que está inserido para ser aplicado a outras.

De acordo com o parágrafo 1º, do art. 896-A, da CLT, a transcendência pode ser econômica (valor significativo discutido no processo), política (judiciária; decorrente de reiterado desrespeito do Tribunal Regional do Trabalho à jurisprudência sumulada do TST e do STF), jurídica (matéria nova, independente do valor que represente, não tendo sido objeto de discussão pelos superiores tribunais), ou social (direito social constitucionalmente assegurado).

Se observa que a análise de quase todos os requisitos intrínsecos está subordinada à subjetividade daqueles a quem incumbe, ou seja, do Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, quando se tratar de decisões proferidas em processos em trâmite na 4ª Região, ou dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, resta evidente o prejuízo a aplicabilidade do princípio constitucional da ampla defesa e do afastamento do cerceamento de defesa.

MECANISMOS PARA DESTRANCAR O SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA

De regra, o único recurso cabível para atacar decisão denegatória de seguimento ao Recurso de Revista, proferida pelo Juízo "a quo", é o Agravo de Instrumento.

No âmbito do processo do trabalho, o Agravo de Instrumento está previsto no parágrafo 12º, do artigo 896, e na alínea "b", do artigo 897, ambos da CLT; somente é cabível contra decisões interlocutórias, proferidas pelo Juízo "a quo", que denegam a interposição de recursos.

E, como requisito para a interposição do Agravo de Instrumento, é exigido novo depósito recursal prévio, no valor equivalente a metade daquele previsto para o recurso a que se pretende destrancar; no presente caso, daquele que está previsto para a interposição do Recurso de Revista; conforme disposto no parágrafo 7º, do art. 899, da CLT.

Portanto, mais um óbice na busca da parte em obter a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa.

A exceção que isenta do recolhimento do depósito recursal acima referido, mudança trazida pela Lei nº 13.015/2014, que alterou o parágrafo 8º, do artigo 899, da CLT, é quando o Recurso de Revista que se pretende destrancar tiver como único fundamento a contrariedade a Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.

Se o Juízo "a quo" não se retratar da decisão que denegou seguimento ao Recurso de Revista, o remeterá ao Juízo "ad quem", após ouvida a parte contrária.

O Juízo "ad quem", em caso de dar provimento ao Agravo de Instrumento, dará início ao julgamento do Recurso de Revista.

Não sendo dado provimento ao Agravo de Instrumento, a parte recorrente poderá ainda fazer uso de um último recurso, qual seja, do Agravo Interno ou Regimental, para que o Colegiado analise o Agravo de Instrumento, dando seguimento ao julgamento do Recurso de Revista (previsto no parágrafo 4º, do artigo 894, da CLT, e artigo 1.021, do CPC).

Porém, pouquíssimos são os casos de provimento ao Agravo de Instrumento que visa dar seguimento a Recurso de Revista, e mais reduzidos ainda os de provimento ao Agravo Interno, interposto contra decisão que não deu provimento ao Agravo de Instrumento.

NOVIDADES

Inteligência Artificial

Fato que vem ganhando notório crescimento e adeptos de seu uso, nas mais variadas áreas, incluindo o Poder Judiciário Brasileiro, é a Inteligência Artificial.

O conceito de Inteligência Artificial está relacionado à capacidade de soluções tecnológicas realizarem atividades de forma inteligente; a Inteligência Artificial pode agregar conhecimento de forma "autônoma", através de sistemas de aprendizado que fazem a análise de numerosos volumes de dados.

A Inteligência Artificial é considerada um campo da ciência, que tem por objetivo estudar, desenvolver e empregar máquinas para realizarem de forma autônoma atividades humanas.

Os principais benefícios que são citados com o uso da Inteligência Artificial são: a melhora na tomada de decisões (com base em dados); comodidade e escalabilidade (uso de algoritmos que realizam segmentações precisas e alta replicabilidade de processos, eis que os sistemas conseguem realizar diversas vezes as mesmas análises); aumento da automação (de atividades lógicas, analíticas e cognitivas, proporcionando alta velocidade no tratamento de informações); redução de erros, riscos e custos operacionais; e atendimento otimizado ao público.

Porém, não são somente benefícios que acompanham a escalada da utilização da Inteligência Artificial. Sua implementação e uso traz consigo inúmeras exigências e riscos.

Para o uso da Inteligência Artificial é necessário significativo aumento do capital intelectual da empresa ou órgão; é necessária requalificação e remanejamento dos funcionários, sejam eles da rede pública ou privada (o que (in)diretamente acarreta a redução de partícipes/colaboradores humanos – portanto, com grande impacto social e econômico).

Válido lembrar que mesmo "inteligente", a Inteligência Artificial também é passível de erros; especialmente pela extrema tecnologia que traz e o consequente afastamento de habilidades e percepções de exclusividade da "mão de obra" humana; por vezes tão essencial e necessária.

INOVAÇÕES NO ÂMBITO DA ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA

A busca do Poder Judiciário Brasileiro pela implementação, visando uso em grande escala, em futuro próximo, da Inteligência Artificial vem se intensificando e aprimorando.

O relatório da pesquisa intitulada "*Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*", produzido pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAPJ/FGV), coordenado pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão, apontou que aproximadamente metade dos tribunais brasileiro possui projetos de Inteligência Artificial em operação ou em desenvolvimento[1].

A aplicação da Inteligência Artificial foi identificada na transcrição de atas de audiência, na elaboração de sugestões de minutas, na admissibilidade recursal e no cálculo de probabilidade de reversão de decisões.

Uma das principais justificativas para a busca pela implementação e uso da Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário é a celeridade nos trâmites processuais, que resta prejudicada em razão do elevado número de processos existentes e que surgem constantemente.

Desde o ano de 2019 o Superior Tribunal de Justiça concebeu e passou a fazer uso de três sistemas de Inteligência Artificial: Sócrates, Athos e e-Juris, cada um com finalidade diferenciada.

O sistema Sócrates tem por objetivo identificar o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei questionados e os paradigmas citados para justificar a divergência.

A finalidade do sistema Athos é apontar processos que possam ser submetidos ao rito dos recursos repetitivos, antes que os mesmos sejam distribuídos aos ministros; ainda, realiza o monitoramento de processos com entendimentos convergentes ou divergentes entre os órgãos do STJ, casos com matéria de notória relevância, bem como possíveis distinções ou superações de precedentes qualificados.

[1] Foram identificados 64 projetos de Inteligência Artificial, em 47 Tribunais, além da plataforma operada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por sua vez, o sistema e-Juris é utilizado pela Secretaria de Jurisprudência na coleta de referências legislativas e jurisprudenciais do acórdão, e, ainda, a indicação dos acórdãos principal e sucessivos sobre um mesmo tema jurídico.

Já no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, foi adicionada nova ferramenta ao sistema de Inteligência Artificial denominado Bem-te-Vi[1], que realiza o gerenciamento de processos judiciais, qual seja, a de identificar a tempestividade (observância de prazos) dos recursos.

O sistema Bem-te-Vi possui vários filtros que permitem, por exemplo, apurar quantos processos estão relacionados a certo tema; há quanto tempo as ações chegaram ao gabinete do Ministro; se o número de julgados está em consonância com as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em 2017 a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicações do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região TRT4 deu início ao desenvolvimento de um programa de Inteligência Artificial, cujo objetivo é auxiliar os servidores na análise dos pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista; como exemplo de referidos pressupostos se pode citar a tempestividade, o recolhimento de custas processuais e do depósito recursal, e a indicação do trecho da decisão recorrida.

O desenvolvimento do programa foi concluído no ano de 2018, tendo sido inscrito no 15º Prêmio Innovare[2].

Portanto, a implementação e uso da Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário Brasileiro se mostra uma realidade, sem vislumbre de retrocesso; pelo contrário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível a importância da aplicação do princípio constitucional fundamental da ampla defesa, com o afastamento de possível cerceamento de defesa, fazendo com que as partes tenham reconhecido de fato, na prática, o direito de acesso a todos os graus de jurisdição, na busca de seus direitos.

Não se olvida da necessidade de serem impostos requisitos para que a busca do direito possa ser realizada pelas partes.

---

[1] O primeiro módulo do sistema Bem-te-Vi foi implementado em outubro de 2018, pelo Min. Brito Pereira, então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] "O Prêmio Innovare tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil. [...] participam das (*sic*) Comissão Julgadora do Innovare ministros do STF, STJ, TST, desembargadores, promotores, juízes, defensores, advogados e outros profissionais de destaque interessados em contribuir para o desenvolvimento do nosso Poder Judiciário." (https://www.premioinnovare.com.br/ - Acesso em: 6 ago. 2021.).

Porém, tais requisitos precisam ser observados e respeitados não somente pelas partes litigantes, mas por todos os operadores do direito, em todas as suas áreas, incluindo os membros do Poder Judiciário.

Para que isso seja possível, deve ser afastada e evitada ao máximo a prevalência e aplicação da subjetividade dos membros do Poder Judiciário; em contrapartida, também não pode por haver a análise dos pressupostos com rigor excessivo e desmedido.

Isso porque os requisitos legais, especialmente após as inovações trazidas pelas Leis nº 13.015/2014 e 13.467/2017, já se mostram bastante rigorosos e limitantes.

Há que se ressaltar que, um dos principais requisitos que se mostra um grande óbice a interposição do Recurso de Revista é o preparo, consistente no pagamento das custas processuais (no valor correspondente a 2% do valor atribuído a condenação, e o depósito recursal, que atualmente é de R$ 21.973,60 (vinte e um mil novecentos e setenta e três reais e sessenta centavos)).

Também se ressalta a necessidade trazida com a Reforma Trabalhista, prevista no art. 896-A, da CLT, referente a transcendência que deve estar representada nas razões recursais; basta que haja uma causa de transcendência para que se justifique o recebimento e seguimento do Recurso de Revista (econômica, política, jurídica ou social).

Porém, se não houver o entendimento da existência de ao menos uma das causas de transcendência previstas no art. 896-A, da CLT, mesmo que preenchidos todos os demais requisitos e pressupostos recursais, o Tribunal Superior do Trabalho, inclusive por decisão monocrática do Ministro Relator, pode denegar seguimento ao Recurso de Revista.

Há que se atentar ainda as atuais buscas pela implementação de sistemas de inteligência artificial, que serão utilizados inclusive na análise dos pressupostos de admissibilidade dos Recurso de Revista; o que pode trazer ainda mais rigor a tal análise, considerando que "máquinas" farão o trabalho de seres humanos, e, consequentemente, não terão condições de incluir em tal análise flexibilizações eventualmente cabíveis.

Em gráfico extraído recentemente do sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região se verifica que do ano de 2017 até os dias atuais houve redução de 29,5% do número de decisões de admissibilidade dos Recursos de Revista; sendo que em 2017 o percentual de decisões de admissibilidade dos Recursos de Revista já se mostrava baixo (37,5% - sendo que atualmente está em 8%) em relação ao percentual de decisões denegatórias de seguimento dos Recursos de Revista (62,5% - sendo que atualmente está em 92%). (https://dados.trt4.jus.br/extensions/RR/RR.html - Dados de 06/08/21 – 11:01:11 - Acesso em: 7 ago. 2021.).

Infelizmente se constata que decisões de admissibilidade dos Recursos de Revista são cada vez mais raras; e cada vez mais se verifica a afronta ao princípio constitucional fundamental da ampla defesa e a consequente caracterização do cerceamento de defesa; com isso perdem todos, cidadãos e operadores do direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa. **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3166>. Acesso em: 3 ago. 2021.

ALVARENGA, Leidyane Aparecida dos Santos Gomes. O que fazer se for negado seguimento ao meu Recurso de Revista? **Jus Brasil**. Publicado em: 2019. Disponível em: https://leidyane2030.jusbrasil.com.br/artigos/604461839/o-que-fazer-se-for-negado-seguimento-ao-meu-recurso-de-revista. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.452,** de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.
Depósito Recursal. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/depositoRecursal. Acesso em: 21 abr. 2021.

Depósitos Recursais – Valores Vigentes. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/valores-vigentes. Acesso em: 2 ago. 2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. A importância do direito de defesa para a democracia e para a cidadania. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 04 dez. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/marcelo-figueiredo-importancia-direito-defesa-democracia. Acesso em: 4 ago. 2021.

FORTES, Gabriel Borges. TRT-RS reduz em 34% o número de recursos de revista que aguardam análise de admissibilidade. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Publicado em: 08 jan. 2021. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/438066. Acesso em: 07 ago. 2021.

Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. **Superior Tribunal de Justiça**. Publicado em: 09 mar. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx. Acesso em: 05 ago. 2021.

Inteligência Artificial – inscrição Prêmio Innovare. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Publicado em: 27 abr. 2018. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/168725. Acesso em: 5 ago. 2021.

Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST. **Tribunal Superior do Trabalho.** Publicado em: 06 maio. 2019. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/inteligencia-artificial-traz-melhorias-inovadoras-para-tramitacao-de-processos-no-tst. Acesso em: 05 ago. 2021.

MENEZES, Karol. Pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista. **JusBrasil**. Publicado em: 2017. Disponível em: https://karollucy93.jusbrasil.com.br/artigos/430249595/pressupostos-de-admissibilidade-do-recurso-de-revista. Acesso em: 2 ago. 2021.

O Prêmio. Disponível em: https://www.premioinnovare.com.br/. Acesso em: 6 ago. 2021.

PEREIRA, Marcelo Caon. Recursos Trabalhistas. Quadro Esquemático. URI – Câmpus Erechim-RS. [2021?]

PETZINGER, Daniel da Silva. Como ficou o recurso de revista com a reforma da CLT. **Jus.com.br**. Publicado em: abr. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/pareceres/73264/como-ficou-o-recurso-de-revista-com-a-reforma-da-clt. Acesso em: 02 maio 2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, Vol. III e IV, 1. ed., 1.ª tiragem, Forense, 1989.

Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-353. Acesso em: 25 abr. 2021.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL E NA PERSPECTIVA E EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

"A compaixão sofre com o sofrimento do outro, enquanto a doçura se recusa a produzi-lo ou aumentá-lo."
André Comte-Sponville

Daiane Perissinotto[1]
Dalana Bortoloso[2]
Giana Lisa Zanardo Sartori[3]

RESUMO: Diante de avanços técnicos e científicos, emerge a necessidade do debate relacionado as Diretivas Antecipadas de Vontade, com enfoque no Testamento Vital brasileiro tema de suma relevância para garantir a autonomia do paciente e salvaguardar os profissionais da medicina. Na atualidade, as distintas formas de fim de vida convidam a uma reflexão bioética e jurídica, pois a publicação de documentos normativos sobre o tema tem suscitado amplo debate social. O presente trabalho teve como objetivo compreender as Diretivas Antecipadas de Vontade a partir do Testamento Vital brasileiro e de algumas experiências de outros países, em casos de pessoas com doença terminal ou dano irreversível. Nesse sentido foi possível perceber a necessidade de conciliar a ciência progressista ao mínimo respeito à dignidade da pessoa humana, a qual tutela o direito à vida. À medida que se admite o direito legítimo de cada indivíduo reconhecer seu próprio limite, dá-se maior liberdade de escolha para que este reconheça o processo de morrer e possa definir a própria vida, integridade física e a saúde. As experiências estrangeiras podem orientar a construção de parâmetros jurídicos para a efetivação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro de maneira assertiva.

Palavras-chave: Autonomia. Dignidade humana. Testamento Vital Brasileiro.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento eficaz de novas tecnologias na ciência médica, vê-se indispensável o debate sobre o direito à morte digna e a valorização da autonomia privada do indivíduo em situação de terminalidade, o que levou ao surgimento das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV).

[1] Graduada em Direito (2021) pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Câmpus Erechim. Endereço eletrônico: daianeperissinotto@gmail.com
[2] Graduada em Direito (2021) pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Câmpus Erechim. Endereço eletrônico: dalanabortoloso@hotmail.com
[3] Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudenza pela Università di Perugia, Itália (2013). Endereço eletrônico: sgiana@uricer.edu.br.

As DAV brasileiras são gênero do qual derivam as espécies mandato duradouro e o testamento vital, nesse o paciente define os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não para si, naquele, escolhe alguém de sua confiança para que essa pessoa tome decisões em seu lugar. O testamento vital permite que a autonomia do paciente seja respeitada no momento final de sua vida, onde não possa mais expressar suas vontades, garantindo uma morte digna, respeitando as crenças, origens e culturas que acompanharam o indivíduo durante sua existência, isso com base principiológica na Constituição Federal Brasileira de 1988, com destaque à dignidade humana e à autonomia.

Dentre as preocupações que se fazem presente na criação da DAV destaca-se o direito à morte digna e à valorização da autonomia privada do indivíduo em caso de terminalidade de vida. Por meio desse instituto o indivíduo escolhe os tratamentos aos quais gostaria ou não de ser submetido no fim da vida, da eutanásia propriamente dita, onde as legislações autorizam a prática, ou na impossibilidade de manifestar a própria vontade, nomeia pessoa responsável que faça valer os seus desejos. Como será analisado, no Brasil, não há lei específica que regulamente as DAV, sendo estas orientadas pela resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), o que dá a pesquisa o interesse de analisar a validade desse instituto e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O desenvolvimento desse assunto se dará com o surgimento do testamento vital e sua legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da resolução do CFM. As diretrizes formais acerca do testamento vital adentrando as suas proposições como forma, capacidade, prazo de validade e eficácia. A relevância da autonomia do paciente nas escolhas da vida, inclusive em relação ao morrer se torna tema cada vez mais presente na vida em sociedade, por isso a pertinência de reflexões e debates sobre a temática.

Enfim, o que se propõe nesta pesquisa é uma análise das DAV mais precisamente do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro e uma visão desse instituto no exterior, por meio de uma interpretação crítica e construtiva perante o atual complexo normativo dos Países e ratificando o reconhecimento da dignidade da pessoa humana do início ao fim da vida.

A metodologia utilizada nessa pesquisa baseia-se no método indutivo, na perspectiva da abordagem analítica descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos, encontra-se na categoria bibliográfica, bem como na legislação, uma vez que foram utilizados apanhados extraídos de artigos científicos, pesquisas on-line e obras literárias pertinentes ao estudo.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A indiscutível evolução da medicina trouxe consigo mudança na relação médico-paciente, essas vêm passando por avanços e alterações significativas, indiferente da especialidade: preventiva, curativa ou paliativa, além de trazer o enfrentamento das questões jurídicas. O que se entendia por uma relação verticalizada onde o médico, por

possuir qualificação técnica, tinha o poder de decisão sobre a vida do paciente - paternalista - é hoje representada de forma horizontal, considerando a autonomia do paciente diante de sua própria vida.

Os processos tecnológicos a partir de meados do século passado começaram a possibilitar o prolongamento artificial da vida, relativizando a certeza da morte e possibilitando o prolongamento indefinido da vida dos pacientes ditos terminais a ser possível a manutenção por tempo indeterminado da vida biológica (DADALTO, 2013).

As DAV, surgidas nos EUA no final da década de 60, são produto do avanço tecnológico do processo morte, da hiperutilização da UTIs, da ideia de que o homem pode determinar um fenômeno biológico e de uma sociedade cujo valor central é o individualismo (DADALTO, 2013). Esse prolongamento realizado por novos métodos diagnósticos, tratamentos altamente sofisticados e a introdução de novas drogas.

Em 1969, o advogado e defensor dos Direitos Humanos, Luiz Kutner, publicou nos Estado Unidos o primeiro artigo científico a tratar do direito de morrer que se tem notícia. Kurtner, reconhecendo a ilicitude da eutanásia e do suicídio assistido, defende a ideia de que o paciente possa tomar decisões sobre seu tratamento quando a medicina já diagnosticou a incurabilidade da enfermidade da qual ele padece.

Propôs ainda um documento, o qual nomeou de *living will,* - testamento biológico - com as seguintes especificidades: o paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados; a vontade manifestada pelo paciente no *living will* se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas; esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente; deveria ser referendado pelo Comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo tratado; e poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência. Surgiam assim, as premissas do testamento vital que, até hoje, são seguidas pelos pesquisadores e legisladores ao redor do mundo.

A LICITUDE DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

O reconhecimento das DAV como um direito do paciente só foi possível a partir da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, conhecida também como Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo, cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa, redigida em 4 de abril de 1997.

Essa Convenção dispõe em seu artigo 9º que: "A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta".

No que se refere ao tratamento de doenças incuráveis, o CFM editou a Resolução 1.805/2006, que permite ao médico "limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Para tanto, será garantido o consentimento informado, com as informações prestadas pelo médico, sobre os tratamentos possíveis, quando a decisão do paciente ou da família - em caso de inconsciência daquele – for no sentido de suspender o tratamento, serão ministrados medicamentos para alívio dos sintomas que levam ao sofrimento, bem como acompanhamento psíquico, social e espiritual, além do direito de alta do paciente.

Conforme já mencionado, as DAV não possuem regulamento legal no Brasil, o tema ganhou destaque com a publicação pelo CFM da Resolução 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. A referida Resolução é um marco normativo na defesa dos interesses dos pacientes em fim de vida no Brasil, pois é a primeira norma – ainda que administrativa – que reconhece o direito de o paciente manifestar sua vontade por escrito, e o dever de profissionais e familiares de respeitarem essa vontade. Ocorre que essa norma tem eficácia restrita, pois só vincula os médicos, uma vez que foi feita pelo conselho da classe desses profissionais (DADALTO, 2013).

A Resolução 1.995/2012 do CFM traça diretrizes éticas, para tanto definiu no art. 1º, as diretivas antecipadas de vontade como, "um conjunto de desejos, prévio e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade". Se assim for, nas decisões sobre cuidados e tratamentos do paciente que não mais puder exprimir sua vontade, o médico considerará suas diretivas antecipadas de vontade (art. 2º *caput*), pois estas deverão prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (art. 2º, §3º), e se foram comunicadas diretamente pelo paciente, o médico registrará no prontuário (art. 2º, §4º).

A constitucionalidade dessa resolução foi questionada judicialmente por meio da Ação Civil Pública n° 1039-86.2013.4.01.3500, ajuizada pelo procurador da república do estado de Goiás, Dr. Ailton Benedito de Souza. O juiz substituto Eduardo Pereira da Silva julgou a demanda improcedente e reconheceu a constitucionalidade da resolução, afirmando não ter ocorrido excesso por parte do Conselho Federal de Medicina ao editar a aludida resolução.

A Constituição Federal afirma em seu artigo 5ª, §2º, que os direitos e garantias expressos em seu texto, não excluem outros possíveis direitos fundamentais que decorram do regime e princípios por ela adotados ou mesmo proveniente da interiorização de tratados de direito internacional que versem sobre direitos humanos.

O Conselho Nacional de Justiça editou em maio de 2014 o enunciado n°. 37 na I Jornada de Direito da Saúde, no qual dispõe que:

> As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

No Senado Federal existem, atualmente, dois Projetos de Lei em tramitação para implementação das Diretivas Antecipadas no Brasil: Projeto de Lei nº 493 de 2020, que dispõe sobre o Estatuto dos Pacientes, de autoria do Senador Rogério Carvalho, PT/SE e o Projeto de Lei nº 149 de 2018, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde, de autoria do Senador Lasier Martins, PSD/RS. Nesse cenário as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) revelam-se como instrumento a viabilizar e garantir o respeito à vontade do indivíduo quando este não mais puder decidir sobre o destino de sua vida.

Deve-se esclarecer, ainda, que a confusão terminológica entre o testamento vital e o instituto do testamento sucessório tem feito com que muitos cartórios pelo Brasil exijam, para a realização do primeiro, os requisitos formais do testamento previstos no art. 1.864 do Código Civil/2002. Como já se viu, o testamento vital — as diretivas antecipadas em geral — não são institutos do direito sucessório, mas sim, negócio jurídico unilateral que produz efeitos *inter vivos* e deve ser equiparado, portanto, às declarações de vontade. As diretivas não poderão, ainda, ser incluídas em escrituras públicas de testamento público, constituição de união estável ou qualquer outro documento, pois referem-se a uma relação específica e *sui generis* afeita a questões éticas que permeiam a relação médico/paciente (DADALTO, 2015, p. 7).

O atual Código Civil brasileiro, no art. 1857, dispõe que: "Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte". O § 2º do mesmo artigo indica que: "São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado". Nesse aspecto é importante ressaltar que o testamento tem a característica *mortis causa*, ou seja, ele vai produzir efeito somente após a morte do testador. Enquanto o testamento vital produzirá efeito ao passo que o testador não conseguir exprimir sua vontade.

O testamento vital, elaborado dentro dos parâmetros médicos, éticos e jurídicos bem delineados, representa uma clara manifestação do princípio da autonomia e da dignidade humana, bem como uma necessária relativização do direito à vida. Se faz necessário identificar as hipóteses em que essa manifestação de vontade é cabível (MOREIRA, 2013, p. 74).

O direito a uma morte digna é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana que faz nascer os direitos da personalidade, entre eles o direito a uma vida digna e também a uma morte digna. A dignidade da pessoa humana fundamenta, justifica e ancora todos os direitos fundamentais do homem no ordenamento jurídico pátrio.

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito Brasileiro, tal autonomia possui íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira - art. 1º, III, CF/88. A autodeterminação, relacionada à escolha de seus próprios caminhos e vontades, é imprescindível para a consolidação do mencionado princípio e fundamento constitucional, pois é o que torna "a vida humana um bem precioso a ser protegido" (DADALTO, 2009) e empodera o indivíduo, viabilizando a ele o papel de protagonista da própria vida.

Apesar do silêncio legislativo sobre a possibilidade das diretivas, não há também normas que as rejeitem. Ao contrário, levando-se em conta as normas constitucionais que asseguram o direito à liberdade, à autonomia privada, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dignidade da pessoa humana e a proibição ao tratamento desumano, as diretivas antecipadas são plenamente viáveis no contexto jurídico (BARBOSA; BRITO, 2015, p. 172).

AS DIRETRIZES FORMAIS ACERCA DO TESTAMENTO VITAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE NO BRASIL

O CFM deixou de abordar pontos importantes, isto se deve aos próprios limites de sua competência, de modo que permanece a necessidade de regular o instituto por lei. Somente lei emanada do Congresso Nacional poderá disciplinar de forma legítima temas como quem poderá fazer testamento vital, as formalidades do documento e seu conteúdo lícito (DADALTO, 2015, p. 36). Em meio ao silêncio do legislador, a doutrina civilista tem tido papel central no delineamento dos limites e possibilidades do instituto, compatibilizando-o com o ordenamento jurídico vigente.

No Brasil, por não possuir uma legislação específica, o testamento vital pode ser feito por documento público ou privado. Quando público, o documento é registrado em um cartório por meio de escritura pública, sem a presença de testemunhas, quando particular, o documento deve ser assinado por testemunhas, contudo, não há previsão legal do número de testemunhas necessárias (DADALTO, 2020).

A lavratura perante os tabeliões de notas não é obrigatória, porém importante para garantir a efetividade, é recomendada para dar mais segurança jurídica ao documento, ao passo que não há regulamentação legislativa brasileira vigente.

É recomendável que esse documento seja anexado ao prontuário médico, com escopo de informar a equipe médica, já que a competência para o preenchimento do mesmo é exclusiva do médico, este ao ser informado pelo paciente da existência e do conteúdo dessa declaração, deverá proceder à anotação da existência de tal instrumento no prontuário do paciente, anexando-a a este (DADALTO, 2020).

Cabe referir que o testamento vital é negócio jurídico unilateral, pois é dotado de existência e eficácia autônoma. Em outras palavras, ele não supõe nem provoca reciprocidade ou correspectividade de efeitos jurídicos, prescindindo de outra manifestação

de vontade para que exista. Trata-se de negócio jurídico *inter vivos*, pois seus efeitos não estão condicionados ao evento morte, e extrapatrimonial, por se referir a direito personalíssimo que não tem conteúdo econômico. É negócio jurídico não solene pela ausência de expressa previsão legal que lhe exija forma ou solenidade especial, e atípico ou inominado, devido à inexistência de tipo legal definindo-o (MELLO, 2007).

Sendo negócio jurídico, o testamento vital pressupõe a exteriorização de uma vontade, como já foi abordado anteriormente, e ela deve se dar de forma consciente, livre e desembaraçada. Dificilmente se vislumbra algum exemplo de vício social no âmbito do testamento vital, eis que voltado diretamente ao íntimo do indivíduo que quer fazer valer seu projeto de vida e de morte, não sendo possível impingir dano a alguém através de tal manifestação. Nessa seara, é necessário também que a manifestação ocorra de forma prévia, quando ainda capaz o futuro paciente. Assim, até mesmo por essa razão se exige a capacidade, a consciência e a liberdade na tomada da decisão, e ser preferencialmente reduzida a termo (BARBOSA; BRITO, 2015, p. 175).

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é um documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas capacidades, segundo critérios da lei civil, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido quando estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, diante de uma situação de terminalidade.

No plano da eficácia, cabe registrar que o testamento vital somente produzirá efeitos quando seu outorgante, em estado terminal, se encontrar impossibilitado de externar sua vontade de forma livre e consciente. É da natureza do instituto, portanto, ser um negócio jurídico sujeito a uma condição suspensiva (BARBOSA, BRITO, 2015, p. 174). Ainda dispõe (DADALTO, p. 51, 2020) que "o testamento vital se torna eficaz a partir de sua inscrição no prontuário médico, pois ainda que ele seja oponível *erga ommes* a partir da lavratura de escritura pública pelo notário, sua eficácia médica apenas se perfaz com a inscrição no prontuário".

O testamento vital é, por essência, revogável, razão pela qual discorda-se da fixação de prazo de validade, uma vez que, a qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior. Quanto ao argumento do avanço da medicina, que determinado tratamento ou não tratamento disposto no testamento vital não é mais utilizado ou recomendado, revoga tacitamente a disposição, não havendo razão em prever prazo de validade. (DADALTO, 2020).

Destaca-se características essenciais das DAV, são aplicadas a determinadas situações como uma doença terminal ou um dano irreversível e só vão produzir efeitos quando houver, por parte da equipe médica, uma determinação que o paciente não possui capacidade de decisão em relação ao seu tratamento.

No intuito de reunir os testamentos vitais realizados no Brasil, foi criado o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). Trata-se de um banco de dados *online* que armazena o documento, possibilitando a consulta através de um código de acesso.

Recomenda-se, para que haja uma maior segurança, que o testamento vital seja registrado também em um cartório, embora não obrigatório. Trata-se de iniciativa da Prof.ª Dra. Luciana Dadalto, uma das principais estudiosas do tema no Brasil.

Destaque-se que as orientações ora levantadas se referem a uma situação ideal. Contudo, na ausência de lei a respeito, é possível que as diretivas sejam manifestadas oralmente, cabendo aos familiares e pessoas próximas levar este fato ao conhecimento dos médicos e buscar sua efetividade, priorizando sempre a autonomia privada do paciente.

Em não havendo legislação específica sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, passa a ser de extrema relevância um estudo do instituto em outros países, conhecendo as normas existentes e os parâmetros jurídicos utilizados para a regularização do referido instituto, tal fato contribuirá para a efetividade do testamento vital no Brasil, pois países que possuem legislações já passaram por experiências e debates que já se encontram consolidados.

O TESTAMENTO VITAL SOB PERSPECTIVAS DE EXPERIÊNCIAS EXTRANGEIRAS

Vários foram os países que já regulamentaram o testamento vital em seus ordenamentos jurídicos, tais locais estabeleceram diversos critérios para tanto, quanto à forma, capacidade para elaboração, conteúdo admitido, possibilidade de revogação e, em alguns deles, determinaram prazo de validade para eficácia de tal documento.

Diversas legislações estrangeiras tutelaram o testamento vital, sendo elas: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, México, Porto Rico, Portugal, União Europeia e Uruguai. Em Portugal a Lei nº 25, de 16 de julho de 2012 entrou em vigor, regulamentando de forma a autorizar a utilização de Diretivas Antecipadas da Vontade. Já na Espanha o referido documento denomina-se de Vontades Antecipadas. A Alemanha possui em seu ordenamento um instituto chamado *Patientenverfügungen*, previsto em seu Código Civil, que se equivale às diretivas antecipadas de vontade.

A experiência norte-americana se inicia com a expressão *living will* cunhada nos EUA no final da década de 1960, por Luis Kutner, amparada no consentimento livre e esclarecido para desenvolver o testamento vital, e ainda com a possibilidade de o paciente acrescentar uma cláusula ao Termo de Termos de Consentimento Livre e Esclarecido assinado para a realização de cirurgias ou procedimentos mais radicais, manifestando sua recusa a tratamentos caso sua condição se torne incurável ou seu corpo fique em estado vegetativo (DADALTO, 2020).

Nos EUA, o médico é limitado a diretiva antecipada se tiver certeza que ela é válida, se outro médico certificou o estado terminal e se o paciente tiver sido informado com o mínimo de quatorze dias de sua condição. A experiência norte-americana tem bastante relevância para a análise do tema no Brasil, visto que os EUA foram o primeiro país a

positivar o testamento vital, muitos debates já estão resolvidos, o que propicia aos operadores do direito brasileiros ter uma visão mais ampla do que vantagem ou não relativo a esse instituto, bem como as consequências de sua efetivação no sistema jurídico brasileiro.

Em Portugal, país com vasta semelhança e ligação histórico-cultural com o Brasil, segundo Rodrigo Saldanha, o tema foi amplamente debatido e polemizado entre 2006 e 2011, porém apenas em 2012 foi promulgada a Lei nº 25/2012 que regulamentou as diretivas antecipadas de vontade, possibilitou a nomeação de procurador de saúde e criou o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), no qual os médicos buscam informações e tem o respaldo necessário para tomada de decisões.

Uma relevante inovação trazida pela referida lei portuguesa, notadamente em seu art. 7º, é o estabelecimento de prazo de eficácia do testamento vital de cinco anos, a partir de sua assinatura, sendo esse renovável mediante confirmação (PORTUGAL, 2012). Nesse sentido, se diferencia da maioria das normas jurídicas regulamentadas por outros países que não especificam um prazo de eficácia para o documento, o que, de certa forma, é uma característica positiva e relevante presente no ordenamento jurídico português em relação aos demais ordenamentos até então abordados, visto que possibilita rever periodicamente o disposto no testamento vital. Também cria um registro nacional, operacionalizando a aplicação do instituto no país, especialmente por permitir o acesso do médico responsável pelo cuidado do paciente.

Enquanto Portugal conseguiu legalizar as DAV apenas quinze anos após a Convenção de Oviedo, passando por um longo debate social, organizado pela Associação Portuguesa de Bioética, na França, embora desde 2002 já existissem leis que tratavam dos direitos do paciente, em 2016 que foi promulgada a Lei 2016-87 que trata especificamente dos direitos das pessoas na fase final de suas vidas. Tal norma jurídica alterou o Código Civil Francês, acrescentando as diretrizes antecipadas de vontade e vinculando a atuação médica ao disposto em tais documentos, derrubando, assim as críticas existentes as legislações anteriores que não vinculavam a vontade do paciente ao comportamento do médico

Dadalto aponta algumas importantes diferenças inseridas em tal dispositivo legal quando comparando a lei francesa com a lei portuguesa, no sentido de que a lei francesa prevê a possibilidade de incapazes, com autorização judicial, expressarem seus desejos através das diretrizes antecipadas de vontade, em um modelo de documento específico para tal fim, ainda, não estabelece prazo específico de eficácia, possui dois modelos diferenciando as pessoas saudáveis das doentes, e, por fim, ter apresentado na própria lei os modelos de DAV ao invés de deixar a cargo do órgão estatal que regulamenta a saúde (DADALTO, 2020).

Na Espanha, o testamento vital é denominado *instrucciones previas.* A primeira fonte normativa de que trata do assunto no referido país é o Acordo de Oviedo, em vigor desde 1º de janeiro de 2000, trata-se de um Acordo sobre Direitos Humanos e Biomedicina (DADALTO, 2020).

Nesse país as comunidades autônomas foram as primeiras a legislar sobre as instruções prévias, Lei nº 41/2002, tal norma regula o respeito a autonomia e intimidade do paciente e o direito à informação e o consentimento informado. Importante lembrar que nessa lei é permitido que seja disposto sobre a destinação do corpo e dos órgãos do declarante após sua morte, um grande diferencial quanto as demais legislações vigentes em outros países sobre as instruções prévias.

Na América Latina, o primeiro país a legislar sobre o testamento vital foi Porto Rico, que aprovou sua primeira lei federal sobre o tema em 2001, a Lei nº 160/200138. A Argentina e o Uruguai são dois países sul americanos que possuem legislação específica sobre o testamento vital.

Na Argentina, em 2007 foi promulgada a primeira lei sobre o tema na Província de Rio Negro, a Lei nº 4.263/2007. Segundo Mabtum e Marchetto, tal norma jurídica estabelecia, a nível provincial (estadual) critérios e delimitações sobre as diretivas antecipadas de vontade e ainda criava um Registro Antecipado de Vontades. Saldanha defendem a assertividade do legislador argentino no que se refere à inclusão da manifestação de vontade prévia como sendo direito de personalidade.

A lei provincial de Rio Negro proíbe disposições contrárias ao ordenamento jurídico argentino e que possibilitem a interrupção de medicamentos contra dor, de hidratação e alimentação por via natural ou ordinária. Ainda possibilita ao outorgante escolher um ou mais representantes para atuarem como interlocutores junto à equipe médica. Porém há uma falta de uniformidade e de sistematização nacional, o que dificulta a aplicação e controle do testamento vital.

O Uruguai, a despeito de ser um dos países mais autonomistas da América Latina, lá sendo permitido o aborto e despenalizada a eutanásia desde 1934, apenas em 2009 legislou sobre as diretivas antecipadas de vontade através da Lei 18.473/2009. Em linhas gerais a lei permite que toda pessoa maior e capaz tem o direito de manifestar sua vontade acerca da aceitação e recusa de cuidados, procedimentos e tratamentos (DADALTO, 2020).

Não há a criação de um registro nacional, porém é de responsabilidade das instituições públicas e privadas de saúde a realização de programas educativos sobre o instituto para que chegue até a população e profissionais da saúde informações, cabe ao Ministério da Saúde Pública propagar as diretivas antecipadas, disseminando informações e fazendo com que mais pessoas se utilizem do instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do posicionamento jurídico brasileiro, envolvendo diretivas antecipadas de vontade, mais especificamente o testamento vital é necessário a análise de alternativas para amenizar o sofrimento humano perante doenças graves, incuráveis e em estado terminal, destaque para os cuidados paliativos que envolvem uma assistência prestada por uma equipe multidisciplinar a pacientes que não reagem mais a tratamentos curativos, buscando

o controle da dor e demais sintomas.

A Resolução 1.995/2012 do CFM, ao trazer o testamento vital, como espécie das DAV, foi um importante avanço no estudo sobre esse instituto, porém as lacunas existentes comprovam a necessidade de se discutir mais sobre o tema e levar tamanha carência de regulamentação ao poder legislativo, como forma de efetivar os direitos do paciente, para lhe garantir dignidade, autonomia e autodeterminação.

Há de se conciliar a ciência progressista ao mínimo respeito à dignidade da pessoa humana, a qual tutela o direito à vida. À medida que se admite o direito legítimo de cada indivíduo reconhecer seu próprio limite, dá-se maior liberdade de escolha para que este reconheça o processo de morrer e possa definir a própria vida, integridade física e a saúde.

As experiências estrangeiras podem corroborar para que se faça uma análise detalhada do instituto e de como ele tem sido aplicado, quais as consequências de sua aplicação, a fim de orientar a construção de parâmetros jurídicos para a efetivação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro de maneira assertiva.

Cabe ressaltar que apesar de o médico estar, em regra, vinculado ao contido no testamento vital, desde que respeitados os limites éticos e legais, poderá se escusar em cumpri-lo, valendo-se do seu direito de objeção de consciência. Nesse caso, o mais adequado é o encaminhamento desse paciente a outro profissional de saúde, para que sua vontade seja cumprida.

O testamento vital é o instrumento pelo qual o paciente declara a sua vontade, antecipadamente, a respeito de se submeter ou não a tratamentos médico quando não há mais expectativa de cura. Essa autonomia certamente traz dignidade ao indivíduo, permitindo escolher seu destino em conformidade com a maneira que viveu suas crenças, sua religião e sua dignidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil** – *RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 161-187, set./dez. 2015.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de Bioética.** 6. ed. São Paulo: Loyola, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acesso em: 13 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**. Código de Ética Médica**. Brasília: CFM, 1988. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=123%3E. Acesso em: 30 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados nº 37** Aprovado na I Jornada de Direito da Saúde em 15 de maio de 2014. JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 1., 2014, São Paulo. 2014. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9560/1/ENUCIADOS%20APROVADOS%20E%20CONSOLIDADOS%20III%20JORNADA%20DA%20SA%C3%9ADE.%20%C3%9ALTIMA%20VERS%C3%83O.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resolução nº 1.805/2006**. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805. Acesso em: 13 ago. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Resolução nº. 1.995/2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de agosto de 2012. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995. Acesso em: 13 ago. 2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5.ed. São Paulo: Foco, 2020.

DADALTO, Luciana. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. 2009a. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DADALTO, Luciana**.** Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética,** Brasília, v. 17, n. 3, p. 523-543, mar. 2009b. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/índex.php/ revista_bioetica/article/view/515. Acesso em: 08 ago. 2020.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**,

Brasília, v.21, n. 1, p. 106-112, abr. 2013b. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/ revista_bioetica/article/view/791/861. Acesso em: 08 jul. 2020.

ESPANHA. **Convenio de Oviedo** de 4 de abril de 1997. Disponível em: http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf. Acesso em: 08 ago. 2020.

ESPANHA. **Lei nº 41 de 14 de novembro de 2002.** Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf. Acesso em: 06 ago. 2021.

GOIÁS, Justiça Federal. **Sentença Ação Civil Pública** *n.* 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=962647bdbb8934b3d305041e4e4a46ff&trf1_captcha=gzqd&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO. Acesso em: 10 ago. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Mayara Sales. Testamento Vital: um estudo sobre seu conteúdo lícito no Brasil. Assuntos Especiais – Doutrina. **RDF** Nº 80, p. 70-82, out/nov. 2013

PESSINI, Leocir. **Eutanásia: porque abreviar a vida?** 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MABTUM, M.M.; MARCHETTO, P.B. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em: https://static.scielo.org/scielobooks/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf. Acesso em: 16 ago. 2021.

PORTUGAL. **Lei nº 25 de 16 de julho de 2012.** Regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) –Testamento vital. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Acesso em: 16 maio 2021.

SALDANHA, Rodrigo Róger Saldanha. **Testamento vital – aspectos controversos e a autonomia do enfermo**. Curitiba: Juruá. 2017.

TELEMEDICINA: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E BIOÉTICOS

Daiane Perissinotto[1]
Dalana Bortoloso[2]
Giana Lisa Zanardo Sartori[3]

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo analisar a prática da telemedicina a partir dos princípios constitucionais e bioéticos. A importância do debate acerca do tema é imprescindível para a preservação das pessoas que precisam atendimento e dos profissionais que fazem o uso da ferramenta. Cabe destacar que o acesso a informação de como funciona a técnica de atendimento e a qualificação dos profissionais para que façam o uso da prática de forma adequada, bem como se disponibilize condições de trabalho a fim de que o paciente não se sinta desamparado, são pontos relevantes e devem ser destacados. Para tanto, faz-se necessária uma análise de que a dificuldade reside no fato de que a medicina, ou o atendimento médico em geral, sempre foi "praticada com as mãos" e a tecnologia não possibilita tal contato. Com isso, observa-se que independentemente de o atendimento ser presencial ou a distância, o acesso a saúde de forma a garantir a dignidade é um direito de todos, e para que assim seja, é preciso que sempre estejam presentes os princípios em questão. O método de pesquisa é o analítico descritivo, e a técnica da pesquisa é bibliográfica.

Palavras-chave: Princípios bioéticos e constitucionais. Telemedicina. Código de Ética Médica.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a tecnologia avança rapidamente, no sentido de facilitar a vida e sobretudo o trabalho das pessoas. Isso ocorre também no ramo do direito médico, correlacionando-o com o direito digital, respaldados sempre pela Constituição Federal Brasileira de 1988, e, consequentemente amparados pelos princípios constitucionais e bioéticos. A finalidade desses avanços no ramo da medicina é agilizar o atendimento, tornando-o mais abrangente e para melhor explicitar os diagnósticos dos pacientes com o intuito de salvar vidas. É nesse aspecto, que surge a telemedicina.

Diante da situação vivida em decorrência da pandemia que se instalou no mundo, a telemedicina tornou-se centro na mídia brasileira em geral, com a visão de inovação. Ocorre que a telemedicina já encontrava amparo legal desde outubro de 1999, com Declaração de Tel Avviv na 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, seguida das resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina, objetivando sua prática.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS. Endereço eletrônico: daianeperissinotto@gmail.com

[2][2]Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS. Endereço eletrônico: daianeperissinotto@gmail.com

[3] Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudenza pela Università di Perugia, Itália (2013). Endereço eletrônico: sgiana@uricer.edu.br.

Em síntese, a telemedicina visa atender da forma mais humanizada e segura possível, mas utilizando-se da tecnologia para obter maior agilidade nos atendimentos, abranger maior área territorial, principalmente em locais de difícil acesso e ainda obter diagnóstico categórico. Nesse sentido, há que se observar minuciosamente o Código de Ética Médica, demais leis nesse interim e sobretudo, os princípios constitucionais e bioéticos, muito importantes para esse desenvolvimento.

A metodologia utilizada nessa pesquisa baseia-se no método científico indutivo, na perspectiva da abordagem analítico descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos, encontra-se na categoria bibliográfica, bem como a legislação brasileira, uma vez que foram utilizados apanhados extraídos de artigos científicos, pesquisas on-line e obras literárias pertinentes ao estudo.

DESENVOLVIMENTO

A telemedicina se faz presente de diferentes formas desde o surgimento das primeiras sociedades, sendo possível conceituá-la de diversas maneiras. Embora já utilizada, apenas obteve-se regulamentação legal em outubro de 1999, por meio da Declaração de Tel Aviv, na 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Israel. A declaração já previa o respeito aos princípios da ética médica. Determinava inclusive o conceito de telemedicina, qual seja:

> Durante muitos anos, os médicos têm utilizado a tecnologia das comunicações, como o telefone e o fax, em benefício de seus pacientes. Constantemente se desenvolvem novas técnicas de informação e comunicação que facilitam o intercâmbio de informação entre médicos e também entre médicos e pacientes. A telemedicina é o exercício da medicina à distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e recomendações estão baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação. A utilização da telemedicina tem muitas vantagens potenciais e sua demanda aumenta cada vez mais. Os pacientes que não têm acesso a especialistas, ou inclusive à atenção básica, podem beneficiar-se muito com esta utilização[...] (1999).

Ainda sem regulamentação no Brasil, a telemedicina vinha sendo praticada pois assim como em outras áreas, no momento que se tem uma ferramenta que viabiliza o serviço, é quase que inevitável o manuseio desta. Então, em 26 de agosto de 2002, o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução de nº 1.643, a qual define e disciplina a prestação de serviços através da telemedicina, levando-se em conta as novas tecnologias entre os profissionais da saúde e destes com os pacientes bem como demais medidas para assegurar o atendimento. Em 2018, o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução de nº 2.227/2018 que define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologias, no sentido de complementar a anterior.

Com a publicação da referida resolução, em 06 de fevereiro de 2019, ficou revogada

a Resolução 1.643/2002. Ocorre que, em 06 de março de 2019, em virtude de propostas encaminhadas pelos médicos, uma vez que não foram implantadas ferramentas suficientes para ofertar o serviço médico a distância, a Resolução 2.227/2018 também foi revogada, pela Resolução nº 2.228/2019, motivando e esclarecendo aos médicos e a população que devido ao tempo necessário para a implementação da estrutura que deve ser dispensada para que o uso seja eficaz, houve a revogação da última e a primeiro, ou seja a Resolução 1.643/2002, volta a vigorar.

Tendo em vista a situação impactante ocasionada pela pandemia da Covid-19 (SARS –coV-2), que apresenta enorme risco de contágio, devido ás medidas de isolamento (distanciamento) social e máximo de proteção individual, em 19 de março de 2020, o Conselho Federal de Medicina novamente se manifesta quanto ao uso da telemedicina, na busca por manter o acesso á saúde, com segurança, durante a pandemia. O Presidente do Conselho Federal de Medicina encaminha Ofício de nº 1756/2020 ao então Ministro de Estado da Saúde, permitindo, excepcionalmente, enquanto durar o estado de calamidade pública, a possibilidade de se utilizar a telemedicina em seus diversos tipos, ou seja, telemonitoramento, teleorientação, teleinterconsulta.

Com o agravamento da pandemia e o aumento da necessidade de atendimento da população em gera, sobretudo dos contaminados com o vírus, a telemedicina é benéfica pois pode-se realizar monitoramento contínuo dependendo de cada caso, sem manter qualquer contato físico, mas proporcionando a melhor assistência possível a saúde. Isto posto, foi sancionada a Lei 13.989, do dia 15 de abril de 2020, publicada no dia 16 de abril de 2020, dispondo sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus, a fim de tornar sua utilização isonômica.

Desse modo, a perspectiva é que a telemedicina se dissemine a cada dia. No Brasil, a tendência é justamente esta, já que sua extensão territorial apresenta diversos locais de difícil acesso, recursos escassos, aos quais não é possível monitorar presencialmente com frequência. Então, controlar os investimentos públicos e estabelecer um sistema capaz de tornar o acesso à saúde possível de forma mais ágil, e que possa de fato efetivar o acesso ao direito fundamental da saúde seria muito melhor do que não atender à parcela da população, que necessita do apoio estatal (MALDONADO; MARQUES; CRUZ; 2016).

A Constituição Federal, além de assegurar os direitos e garantias fundamentais, ainda prevê implícita e explicitamente, os princípios constitucionais, que unidos, visam proporcionar, inclusive, o atendimento médico, bem como acesso a saúde em geral, com segurança e qualidade. Nesse sentido, vale lembrar que embora dentre os direitos e garantias fundamentais não exista nenhum absoluto, todos são de elevada importância, inclusive sendo respaldados, em âmbito mundial, pela Declaração Internacional de Direitos Humanos, em 1948. Em que pese, muitas vezes, passem despercebidos, a não observância dos direitos humanos pode acarretar prejuízo até mesmo a vida.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A efetivação dos princípios constitucionais e bioéticos pode ser verificada de forma mais direta quando da garantia dos direitos, uma vez que não é possível defender um atendimento médico e o acesso à saúde de forma adequada, sem que haja o direito à vida, à liberdade, à igualdade. Todos esses direitos devem estar assegurados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e outros que possam garantir ao menos qualidade de vida às pessoas.

Nesse sentido, a dignidade impõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos, e que a todos deve ser disponibilizado o acesso aos meios necessários para uma vida digna. Sobretudo, a autonomia para suas escolhas, principalmente no tange ás decisões sobre sua vida, sendo esta outra garantia prevista pela Constituição Federal, a qual deve ser observado o art. 5º " Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]"

A dignidade da pessoa humana, além de todos esses documentos, está respaldada na Constituição Federal, também em seu art. 5ª, o qual também trata - se de um direito fundamental, além de ser um valor moral. Decorrente deste, os demais direitos baseiam-se para que haja plena observância. Sobretudo, para falar-se em dignidade da pessoa humana, há que se falar antes em respeito pela liberdade, autonomia, proteção, para que seja efetivada a chamada dignidade, dentre outros princípios constitucionais (CALGARO, BIASOLI, 2017).

> Na esfera da bioética, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, igualmente, o fundamento que legitima o conteúdo dos valores indispensáveis ao respeito do ser humano, e, assim sendo, relaciona-se diretamente com a dimensão axiológica dos direitos humanos. Logo, é a ideia de dignidade da pessoa humana que define (condiciona) os princípios que devem ser observados de forma indispensável no campo da medicina, instituindo, portando, os limites à bioética e determinando que tanto o direito como a ética visem ao fim de proteger o núcleo da dignidade da pessoa humana, dos atores envolvidos na relação médico/paciente (CALGARO, BIASOLI, 2017, p. 81)

Não só a norma legal, mas também a moral, deve ser levada em conta ao se falar sobre direitos fundamentais relacionados a vida humana. Sobretudo, a liberdade, a qual no cotidiano acabamos por não valorizar a importância desta, porém percebe-se o quão importante no momento em que é restringida, ao limitar o nosso direito de liberdade por um ou outro motivo, que acaba por afetar inclusive o psicológico. Nesse aspecto, vê-se que deve ser garantido ás pessoas o direito de liberdade, por exemplo, de optar ou não pelo atendimento por meio da telemedicina, e sobretudo, a igualdade, para que esta seja disponibilizada a todos de igual maneira. Portanto, a liberdade:

> [...] em sua concepção mais ampla, que permite ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais. O homem necessita de liberdade interior, para sonhar, realizar suas escolhas, elaborar planos e projetos de vida, refletir, ponderar, manifestar suas opiniões. Por isso, a censura constitui um grave ataque à dignidade humana. Isso não quer dizer que o homem seja livre para ofender a honra alheia, expor a vida privada de

> outrem ou para incitar abertamente à prática de crime. A liberdade encontra limites em outros direitos integrantes da personalidade humana, tais como a honra, a intimidade, a imagem. Liberdade exige responsabilidade social, porque sem ela constitui simples capricho (ANDRADE, 2014).

O princípio da solidariedade, não menos importante, porém, menos comentado, pauta-se pelo seguinte:

> [...] o princípio da solidariedade é uma construção histórica de milênios, mas que ainda não está em sua forma perfeita de implementação, apesar que, de fato, sua importância nas relações contemporâneas é indispensável, tendo em vista que a solidariedade vem tendo papel de protagonismo em constituições federais importantes da história, que trouxeram a síntese de lutas dos direitos humanos, e que influenciaram o diploma de 1988, impondo ao indivíduo e ao coletivo o dever na busca do bem-estar social em sociedade, que é objetivo fundamental do Brasil. (FRIEDRICH, 2019)

Deriva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, portanto, presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 196, se expressa por exemplo no acesso a saúde. Dessa forma, dispõe a Constituição Federal "Art. 196**.** 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".

A Constituição Federal Brasileira de 1988, busca acima de tudo, o bem-estar dos cidadãos, é preciso que além do texto constitucional, haja a efetividade, ou a aplicabilidade de tais princípios e garantias fundamentais. Dessa forma, com maior qualidade de vida, cuidados preventivos, e acesso igualitário a saúde, com isso reduz-se o número de doenças, especialmente as de maior gravidade, possibilitando que as pessoas usufruam do que é seu por direito. Ou seja, que o Estado deve proporcionar, e desse modo, até mesmo com redução de custos para este.

PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

A bioética surge com a ideia de abarcar a evolução tecnológica e cientifica provocada pela sociedade, principalmente na biologia e na medicina. É analisada desde a Antiguidade Clássica, principalmente com Sócrates, Platão e Aristóteles questionando o que poderia ser composto como valores universais entre os seres humanos, sobretudo no quesito político da sociedade. Com o passar do tempo, os conceitos relacionados a bioética foram sendo aprimorados, tornando-se esta como um campo de pesquisa importante nas universidades.

Derivada da filosofia, trata das condutas sobre a vida humana. Condutas estas, apoiadas no que cada sociedade define como ética e moral. Sobretudo, pode-se dizer que a vida do ser humano segue de acordo com as decisões escolhidas, e estas, seguem os

princípios morais e éticos aos quais a sociedade, juntamente com a legislação os determina.

Em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual prevê a liberdade para dispor de si próprio, consagrando o importante princípio da autonomia (aliada a norma constitucional). Nesta, os Estados-membros comprometem-se em respeitar os princípios bioéticos, e normas relacionadas a dignidade da pessoa humana, que passam a estar no mesmo documento e com abrangência internacional, por sua demasiada importância. A partir de então, a bioética progride e com ela, os princípios relacionados a vida humana, bem como enseja outras importantes declarações, como a Declaração de Helsinque da Associação Médica Mundial, de 1964, "que define as condições éticas da experimentação no homem ao longo de anos, ocorreram verdadeiros abusos na condução de projetos em desrespeito às normas éticas para pesquisa envolvendo seres humanos" (OLIVEIRA, 2012).

Na contemporaneidade, a bioética promove reflexões e indica diretrizes que devem nortear as condutas quando da utilização das tecnologias, mantendo a moral e os princípios na relação médico paciente, preservando-se sempre a liberdade. Por outro lado, a ética médica baseia-se apenas na prática da medicina relacionada ao profissional. Os direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram ratificados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em 2005, o que idealiza a liberdade, autonomia e segurança as pessoas, para que decidam sobre sua própria vida. Sobretudo, trata-se do respeito ao outro, ficando também de acordo com os princípios constitucionais, além da bioética (OLIVEIRA, 2012).

O olhar bioético despertou um apurado sentido do ser humano e veio fazer parte de um âmbito maior das ciências da vida. A bioética emerge com novas reflexões a respeito do ser humano e sua dignidade dando um alerta a humanidade sobre as consequências nefastas de um avanço incontrolado da biotecnologia e sobre a necessidade de uma conscientização dos desafios trazidos pelas ciências da vida. Com isso, passa-se a observar os princípios constitucionais e bioéticos de forma muito mais perceptível na sociedade. No final da década de 70 início dos anos 80, a bioética pautou-se em quatro princípios básicos enaltecedores da pessoa humana: princípio da não maleficência, da autonomia, da beneficência e da justiça (DINIZ, 2014, p.38).

O princípio da *não maleficência* estabelece que o médico deve qualificar-se para o atendimento e habilitar-se para a comunicação. Não se preocupar somente com os fatores objetivos, mas também com os subjetivos, ou seja, o médico deve falar só sobre o que sabe, bem como só fazer o que está capacitado, ter respeito a própria autonomia, justificar a não aplicação de conduta diagnóstica, comunicar-se sobre o que está acontecendo e reivindicar infraestrutura adequada. O médico deve tomar decisões que causem o menor dano ao seu paciente, também observando o Código de Ética Médica (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014).

O princípio da *autonomia* é o direito que o paciente tem de emitir sua opinião, rejeitar ou aceitar o que o médico lhe propõe, podendo agir de forma livre, voluntária e esclarecida. Essa autonomia aplica-se também aos médicos, pois possuem o direito de emitir sua opinião

sobre o que o paciente lhe propõe, podendo rejeitar solicitações que sejam contrárias à sua consciência e ao seu conhecimento. O médico deve se resguardar de danos profissionais com os atos médicos sendo autorizados pelos pacientes. Desse princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado, disposto no Código de Ética Médica, e a maneira de como tomar decisões de substituição quando a pessoa não tiver autonomia suficiente (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014).

O princípio da *beneficência* é praticar o bem para o outro, as ações profissionais da saúde devem ser de acordo com o melhor interesse do paciente. Ou seja, aumentar os benefícios e reduzir o prejuízo. O médico deve assegurar de que as técnicas aplicadas sejam sempre para o bem do paciente (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014). Nesse sentido,

> A beneficência pressupõe um conjunto de ações que buscam compatibilizar o melhor conhecimento científico e o zelo pela saúde do paciente. Assim sendo, o propósito é superar a simples otimização da melhor conduta terapêutica para constituir-se na somatória de todos os benefícios possíveis oferecidos na complexa relação interpessoal médico-paciente. Vale lembrar que no modelo paternalista, dominante no início do século passado, apenas o médico com seu conhecimento era considerado competente para a escolha da melhor conduta terapêutica oferecida ao paciente (NEVES, SIQUEIRA, 2010, p. 442).

O princípio da *justiça* estabelece o princípio da equidade como condição essencial da medicina, ou seja, disposição para reconhecer imparcialmente o direito de cada um e atender os pacientes na maneira correta. A imparcialidade de nortear os atos médicos, impede que aspectos discriminatórios interfiram na relação entre médico e paciente (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014). Todavia, observa-se que,

> O princípio da justiça é conhecido como a expressão de justiça distributiva, que seria contemplar a justa e equitativa apropriação dos benefícios auferidos pelo progresso tecnocientífico por toda a sociedade, de acordo com normas que respeitem a cooperação social. Entretanto, para haver equidade real há necessidade de tratar-se de maneira desigual os desiguais. De acordo com esta premissa, torna-se possível minimizar as injustiças sociais vigentes em sociedades profundamente desiguais, como ainda ocorre no Brasil atual, assim como em outros contextos orientados pelo sistema capitalista. Cabe ressaltar, todavia, que as desigualdades sociais não são exclusivas das sociedades orientadas pelo mercado, preexistindo em sociedades tradicionais, estados religiosos e culturas tribais. Nesse sentido, a economia de mercado e a globalização apenas acentuam as desigualdades históricas. (NEVES, SIQUEIRA, 2010, p. 444).

Dessarte, assim como em outras profissões, na medicina também é importante que se tenham normas balizadoras de sua prática. Basear-se apenas na moralidade, tornaria o trabalho inseguro para ambas as partes. Além disso, com a existência de um código de normas, principalmente, de normas éticas, evita-se grande parte dos conflitos sócias no

ambiente de trabalho e fora dele. Porém, os códigos devem sempre acompanhar a realidade social, econômica, cultural e sobretudo, constitucional, visando a maior garantia possível da efetividade de seus princípios. Vale lembrar também que o Código de Ética Médica estabelece uma estreita relação entre os princípios e os direitos humanos.

Diante disso, fala-se diretamente sobre o Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018 que prescreve que as condutas médicas devem ser sempre pautadas pela ética, e, que deve haver fiscalização para que sejam seguidos não somente o Código, mas também as demais Resoluções dos órgãos relacionados à saúde. Além disso, tornou-se um Código baseado em princípios, deixando claro ainda os direitos e deveres dos médicos.

Dentre os princípios bioéticos fundamentais, o de maior relação com a telemedicina é o princípio do máximo zelo, ou também conhecido como zelo máximo, de fundamental com relação à ética médica.

Embora não se tenha tratado como princípios nas legislações relacionadas ao uso da telemedicina, o Código de Ética Médica assegura também o respeito os princípios bioéticos da beneficência, não maleficência, sigilo das informações e autonomia de vontade do paciente. E, juridicamente, a telemedicina já podia ser praticada mesmo sem a autorização para utilização durante a pandemia, visto que a regulamentação existe a muito tempo e pode ter sido responsável por salvar vidas em casos de urgência, sem que se percebesse na sociedade, porém, sempre observada a ética. No entanto, no Brasil, tem crescido o número de processos motivados por não respeitar os princípios estabelecidos no Código de Ética Médica (BRAGA, 2020).

Também, de suma importância, na Lei 12.842/2013, chamada de Lei do Ato Médico, a qual estabelece diversas condutas possíveis relacionadas diretamente a prática da medicina, e sobre o funcionamento dos Conselhos Federais de Medicina. A referida estabelece em seu art. 2º "o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza". Percebe-se que o máximo zelo surge como forma de efetivar a observância do cuidado com o paciente, buscando sempre o melhor tratamento, com o menor risco possível.

> O "**PRINCIPIO DO MÁXIMO ZELO OU DO ZELO MÁXIMO"** aplicado à boa prática médica exige evitar ou minimizar ao máximo possível qualquer erro previsível ou evitável que possa trazer prejuízo ao paciente. Toda atuação dos Conselhos e do médico, pelo Princípio do zelo máximo ou do máximo zelo, deverá estar dirigida a minimizar riscos e não a aumentá-los ou criá-los (BARBA; RODAS, 2019)

Nesse sentido, no art. 37 da Resolução nº 2.217/2018, do Código de Ética Médica vigente, refere que é vedado ao médico "prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento". (CFM, 2018)

Com as informações acerca dos princípios e sua importância, percebe-se que embora tenhamos muito a evoluir nesse aspecto, houveram diversas conquistas no sentido de regulamentação legal, a fim de respaldar a boa prática relacionada a telemedicina. Mesmo que não houvesse a prescrição dos princípios constitucionais, bioéticos, morais, e derivados de outras leis esparsas, a segurança na relação médico paciente, bem como, de fato a ideia de que se está lidando com vidas, deve ser sempre levada em conta. Além disso, a telemedicina também pode ser utilizada por médicos entre si, a fim de auxiliar uns aos outros, e diante da pandemia, em ambas as formas, é viável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A telemedicina é uma possibilidade do presente, não mais do futuro, e que, veio para ficar. Para tanto é necessária a disponibilização da estrutura para sua prática segura, pois, assim como no atendimento presencial, possui benefícios, mas também riscos. Além de se observar que a importância de uma boa conexão para transmissão de dados, e da capacidade de transmissão de dados corretos a fim de não haver equivoco, por exemplo, em diagnósticos, deve ser considerada a satisfação de bem-estar do paciente diante das plataformas online. Contudo, que seja analisado cada caso, com sua devida importância, levando-se em conta a segurança do paciente e principalmente, o sigilo de dados, sendo que se for necessário, se realize também um atendimento presencial para que se possa assegurar o direito a saúde.

Vale ressaltar que, a telemedicina não é uma atividade exclusiva dos médicos, ou seja, envolve diversas área da saúde, além da pesquisa, gestão e desenvolvimento. Portanto, seu uso deve sempre estar relacionado ao consentimento do paciente, e, observados os princípios bioéticos, quais sejam, beneficência, não maleficência, sigilo das informações e autonomia do paciente. E ainda, sempre de acordo com o Código de Ética Médica, acompanhados dos dispositivos constitucionais, que são de suma importância para que sejam observadas todas essas mudanças na prática.

A prática da telemedicina comporta expansão, porém é preciso informar a população sobre sua segurança e sigilo e treinar os médicos para que realizem as consultas a distância de forma a garantir a integridade do paciente, afinal existe responsabilidade para os profissionais da saúde, uma vez que se lida com vidas. Sobretudo, seu desenvolvimento carece de profissionais envolvidos para integrar a tecnologia com a medicina a distância, e pacientes informados para que se beneficiem das ferramentas tecnológicas e percebam a importância dos princípios éticos, para uma boa relação médico-paciente e o desenvolvimento eficaz de uma novidade, aos olhos de grande parte da sociedade.

Nota-se, que a telemedicina segue a evolução social e tecnológica, em ocorrendo uma situação, busca-se a solução e torna-se parâmetro para outros casos similares, que eventualmente ocorram posteriormente. Então, mesmo que sejam observados os aspectos positivos e eventualmente negativos, quanto ao uso da telemedicina, é preciso que se tenha estrutura no sistema de saúde, orientação para os profissionais da saúde, e o mais

importante, esclarecimento e auxílio aos pacientes, pois somente assim, haverá a prática segura da telemedicina. E, sobretudo, pautar as condutas e procedimentos pelo que está disposto nos princípios bioéticos e constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, A. G. C. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Fórum Administrativo, v. 4 n. 43 set. / set. 2004. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em 18 ago. 2021

BARBA, Diana Fontes de; Alejandro Enrique Barba RODAS. O princípio do máximo zelo e a telemedicina. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5743, 23 mar. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72663. Acesso em18 ago. 2021

BRAGA, Aristóteles Melo. A telemedicina e a necessária segurança jurídica para o médico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6134, 17 abr. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/81320. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 ago 2021

BRASIL. Leis, Decretos. **Lei no 12.842 de 10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da Medicina [Internet]. Disponível em: http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. 10. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Lei no 13.989 de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o exercício da Medicina [Internet]. Disponível em: http://www.planalto.gov. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. PROCESSO-CONSULTA CFM nº 50/2016. Brasília, 2017.Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2017/14.

CALGARO, BIASOLI. Luis Fernando, Cleide, **Fronteiras da bioética: os reflexos éticos e socioambientais**. Caxias do Sul, Educs, 2017, p.74, 90

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica. Resolução CFM n° 1246/88**. Rio de Janeiro, Idéia & Produções, 1988. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf Acesso em: 18 ago. 2021

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 1.643/2002**.Brasília - DF, 26 ago 2002. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643 Acesso em: 18 ago. 2021

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 2.227/2018**.Brasília - DF, 24 jul 2014. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2227. Acesso em: 18 ago. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 2.228/2019**.Brasília - DF, 06 mar. 2019. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228 Acesso em: 18 ago. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Ofício n° 1756/2020**.Brasília - DF, 19 mar. 2020. Disponível em:https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf.Acesso em: 18 ago. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DECLARAÇÃO DE TEL AVIV, sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina. Adotada pela 51ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html. Acesso em: 18 ago. 2021

FRIEDRICH, Ricardo Werner. A histórica aplicação do princípio da solidariedade como direito humano na Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5785, 4 maio 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/68109. Acesso em: 18 ago. 2021.

LOPES, ANTONIO CARLOS. A importância da Relação Médico Paciente**. Revista Sociedade Brasileira de Clínica Médica**. Disponível em: http://www.sbcm.org.br/v2/index.php/artigos/2526-a-importancia-da-relacao-medico-paciente. Acesso em: 05.06.2021

MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, supl. 2, e00155615, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001402005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 ago. 2021.

NEVES; SIQUEIRA. Nedy Maria Branco Cerqueira; José Eduardo de. A bioética no atual

Código de Ética Médica. **Revista Bioética**. v.18.2, 2010, p.439-450. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/575/547. Acesso em: 18 ago. 2021

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Bioética. **Rev. bras. psicanál**, São Paulo , v. 46, n. 1, p. 105-117, mar. 2012 . Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0486-641X2012000100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 ago. 2021.

PESSINI, Leocir; BARCHFONTAINE, Chistian P. **Problemas atuais da bioética**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO ATO FUNDAMENTAL PARA A PRESERVAÇÃO DO AFETO NA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

William Picolo Fibrans[1]
Thaise Nara Graziottin Costa[2]
Simone Paula Vesoloski[3]
Érica Vanessa Santori[4]

RESUMO: O presente estudo aborda a mediação de conflitos, sua possível aplicação na fixação da guarda de filhos na modalidade compartilhada. Para tanto, desenvolve a seguinte problemática: A mediação de conflitos quando aplicada em processos judiciais que versam sobre o Instituto da Guarda de filhos é capaz de garantir a proteção integral da criança e do adolescente através do comprometimento dos interessados e da manutenção dos laços afetivos, nas relações familiares? Objetiva-se demonstrar que pela mediação procura-se preservar o afeto parental, bem como pode trazer várias vantagens para o entendimento das funções dos mediandos enquanto pais, norteando a decisão mais adequada em relação à fixação da guarda dos filhos. Considera-se que, o CPC/2015 possibilitou o uso do instituto da mediação familiar, em processos judiciais, como o método mais adequado e eficaz para resolução da lide sociológica existentes nos conflitos de famílias, sendo considerada a forma adequada para garantir a proteção integral da criança e do adolescente frente a família contemporânea, sendo tal proteção exercida de forma contínua na modalidade compartilhada de guarda de filhos. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisas bibliográficas e doutrinárias a fim de analisar a aplicação das Leis n.º 13.105/15 e 13.058/2014 na resolução do problema proposto.

Palavras-chave: Efetividade. Filhos. Guarda Compartilhada. Mediação. Proteção Integral.

---

[1]Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, Taxista CAPES/PROSUP, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional IMED de Passo Fundo/RS, Advogado inscrito na OAB/RS sob o n.º 108.982, membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen, ORCID: http://orcid.org/0000-0002-9564-2334, *e-mail:* williampf.adv@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8780054536735856

[2] Doutora em Direito pela Faculdade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, Estágio Doutoral com bolsa CAPES na Universidade de Coimbra, 2014-2015. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Advogada, Mediadora Judicial e Professora de Direito Civil, Sucessões e Prática Jurídica Processual e do CJUD-PJRS – Tribunal de Justiça – RS, *e-mail*: thaisegrazottin@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1637959325040343.

[3] Mestranda bolsista PROSUP/CAPES do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Meridional, IMED, Passo Fundo/RS. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista - Grupo Verbo. Graduada em Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Erechim. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen da IMED – Passo Fundo e do grupo de pesquisa Trabalho e Capital: Retrocesso Social e Avanços Possíveis da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *E-mail:* simonels17@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1355468920025819.

[4] Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS. Membro do grupo de pesquisas Criminologia, Violência e Controle; Cidadania, debate público e seguridade social a partir de Amartya Sen; Psicologia do Testemunho Aplicada ao Reconhecimento de suspeitos vinculados a IMED. Pós-graduada em Ciências Criminais pela instituição Luiz Flávio Gomes (LFG) e Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. *E-mail:* ericasantori@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1785083988639517.

INTRODUÇÃO

O CPC/2015 foi instaurado buscando unir os princípios constitucionais da família e a efetividade processual, especialmente, cria-se mecanismos que humanize o Poder Judiciário, sendo permitido a concretização do afeto parental e sua preservação.

Na ruptura da sociedade conjugal, pelo divórcio ou dissolução, os maiores e intermináveis conflitos referem-se à fixação da guarda de filhos (compartilhada ou unilateral). São travadas verdadeiras batalhas judiciais em torno deste assunto, causando desequilíbrios nas vidas das famílias, seja pela falta de diálogo e rancor advindo da mágoa ocorrida pelo fim da conjugalidade, ou muitas vezes, quando os genitores não conseguem lidar com o fim do *afeto maritalis*, confunde-se os institutos, causando a destruição do afeto parental que deve ser preservado.

Tais ocorrências se intensificaram com a Pandemia da COVID-19, a alteração do estilo de vida, o isolamento social, a reprogramação das atividades laborais e educacionais, as restrições de lazeres, dentre outros reflexos, impactaram diretamente as relações conjugais, aumentando os índices de separação, divórcio e até mesmo agressão familiar. Os filhos – crianças e adolescentes, portanto, vulneráveis – também são atingidos por este contexto, sendo necessário intensificar a sua proteção.

Diante deste diagnóstico, justifica-se o estudo de métodos autocompositivos de resolução de conflitos, principalmente, de um método que busque resolver toda a cadeia problemática, e orientar os interessados para a construção de uma solução adequada e duradoura, tal como a mediação de conflitos se apresenta.

Assim, este estudo busca responder à problemática: A mediação de conflitos quando aplicada em processos judiciais que versam sobre o Instituto da Guarda de filhos é capaz de garantir a proteção integral da criança e do adolescente através do comprometimento dos interessados e da manutenção dos laços afetivos, nas relações familiares?

Para tanto, o presente artigo pretende estabelecer um diálogo frente ao instituto da guarda de filhos e a possibilidade da mediação de conflitos realizar a adequada fixação de guarda de filhos com responsabilidade dos genitores na manutenção do afeto parental, desta forma procura-se garantir a permanência da efetividade do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente.

Analisa-se a mediação no âmbito de sua aplicabilidade, pois acredita-se que os benefícios da mediação de conflitos familiares é a garantia do empoderamento dos mediandos da situação fática e o diálogo construtivo a fim de encontrarem a adequada e consciente fixação da guarda de filhos, ao caso concreto.

Ademais, há o objetivo de se demonstrar que pela mediação procura-se preservar o afeto parental, bem como pode trazer várias vantagens para o entendimento das funções dos mediandos enquanto pais, norteando a decisão mais adequada em relação à fixação da guarda dos filhos. Essa decisão, conclui-se, construída pelos próprios pais, de forma

harmônica e voltada à melhor proteção possível da criança e do adolescente também mantém os laços familiares, estes últimos, exercidos de forma contínua na modalidade compartilha de guarda de filhos.

Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisas bibliográficas e doutrinárias a fim de analisar a aplicação das Leis n.º 13.105/15 e 13.058/2014 na resolução do problema proposto.

A Mediação e o empoderamento dos mediandos para fixação adequada da guarda de filhos

O termo "família" é demasiado fácil de ser definido frente a complexidade existente nas relações familiares. Isto, porque a existência de variados modelos de família aponta para igual número de definições que o termo pode possuir, e uma vez que cada definição representa um modelo de família, nenhuma definição é melhor do que outra.

É neste contexto que a Lei 13.105/15, no capítulo das ações de família, há a mediação de conflitos como uma ferramenta processual para a resolução da lide, pois considerando a complexidade das relações familiares, somente uma ferramenta processual capaz de tratar do conflito desde a sua origem, como a mediação, pode resolver o conflito de forma integral. Nesse sentido, Costa e Mosena (2015, p. 52) apontam:

> A mediação apresenta-se como método apropriado de resolução de controvérsias. O conflito é abordado de forma integral e não apenas a restritiva lide processual configurada pela pretensão do autor versos resistência do réu. A mediação se apresenta como um elo de ganhar e ganhar, uma forma de responsabilização do indivíduo pela resolução de seus conflitos, tratando o conflito, promovendo uma mudança no trato social do indivíduo e em sua amplitude. [...].

As normas contidas no capítulo das ações de família do CPC/2015 também se aplicam às ações de guarda de filhos, onde repousa importante atenção do nosso estudo, pois a forma de cuidado e criação da criança e adolescente irá refletir diretamente na constituição do ser adulto e sua atuação na sociedade.

Dessa forma, múltiplas são as modalidades de guarda, dentre as quais, encontramos em nosso ordenamento jurídico pátrio, as guardas unilateral e compartilhada.

Conforme defende Madaleno (2013, p. 435), na guarda unilateral, os pais entram em um acordo de quem deva exercê-la, com exclusividade. Não havendo acordo entre os genitores, será determinado, por meio de sentença judicial, qual dos dois deve ser o guardião da prole.

Em outras palavras, portanto, a guarda unilateral é exercida por apenas um dos pais, restando, ao outro, o direito de visitas. Dessa forma, explanam Rosa e Busnello (2014, p. 71).

> É no seio desta modalidade de guarda que, quando exercida por um dos

> genitores – o então "guardião" -, caberá ao outro ou mesmo a terceiro interessado o exercício da convivência familiar, princípio esculpido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Nesta perspectiva, ter-se-á um regime de convivência geralmente delimitado a dias e horários predeterminados, exceção ocorrendo na "convivência livre", hipótese em que não há combinação pré-concebida quanto aos dias e horários da convivência.

É cristalino que o genitor que permanecer apenas com o direito de visitas, nesta modalidade de guarda, terá menor contado com a prole, e, salvo a fixação da convivência livre, passará a se tornar um estranho para criança e, ou, adolescente, visto a ausência do acompanhamento diário na sua criação e cuidados.

Em contraponto, na modalidade compartilhada de guarda de filhos, ambos os genitores participam ativa e livremente nos cuidados e criação prole, a qual se desenvolverá com as figuras paterna e materna presentes.

Ainda, segundo Dias (2011, p. 443), compartilhar a guarda de filhos significa "partilhar das mesmas responsabilidades parentais, oportunizando de forma efetiva, o acompanhamento dos pais na formação de sua prole", o que não se pode garantir com a simples realização de visitas.

Dessa forma, resta claro, que a modalidade compartilhada de guarda atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, quer seja, ter ambos os pais presentes na sua criação e formação do ser adulto.

É imprescindível, contudo, a análise do artigo 1.584, parágrafo segundo, do Código Civil, o qual, nas palavras Rosa (2015, p. 84), determina que a guarda compartilhada deva ser aplicada mesmo quando ausente o consenso entre os genitores, conforme se observa:

> Agora, com a edição da Lei n. 13.058, além de o compartilhamento passar a ser regra em nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, o magistrado, de acordo com a redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, deverá aplicar a guarda compartilhada mesmo sem consenso, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, "salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho".

Ocorre que, ao exercer a guarda compartilhada sem consenso, os genitores não se encontram comprometidos para com os filhos, visto que, pelo menos um deles não desejava exercer a guarda de tal forma, ou sequer a desejava.

Ainda, a questão vai além, pois o conflito não pode ser totalmente pacificado com um acordo forçado. Não só a falta de comprometimento dos genitores que não queriam aquele acordo pode causar prejuízo para os filhos, como também, uma possível extensão do conflito pode causar danos permanentes na sua formação.

É neste contexto que a mediação mostra-se salutar, pois através de diversos mecanismos, ela realiza o empoderamento[1] dos interessados, para que eles possam resolver

[1] " [...] Empoderar uma parte é fazer com que ela adquira consciência das suas próprias capacidades e qualidades. Isso é útil em dois momentos do processo de mediação, dentro do próprio processo e ao seu final. No próprio processo como forma de tornar as partes cientes do seu poder de negociação e dos seus reais interesses com relação à disputa em questão. Ao final porque o empoderamento consiste em fazer com que a parte descubra, a partir das técnicas de mediação aplicadas

o conflito, e posteriormente, planejar o exercício da guarda de maneira comprometida e visando a proteção integral dos filhos.

Ao diferenciar o método tradicional de resolução de conflitos com o método autocompositivo de resolução de conflitos, através da mediação, Leite (2008, p. 366) elucida:

> Ocorre que nem sempre as decisões do juiz, baseadas nos critérios objetivos contidos nas leis (materiais e processuais), são capazes de fazer justiça e resolver de maneira definitiva o conflito. Tal fato ocorre porque, se é possível e desejável que, ao solucionar um conflito, o julgador se desvencilhe de aspectos subjetivos, muitas vezes as partes envolvidas no conflito não conseguem fazê-lo. Essa é a razão pela qual, muitas vezes, as decisões judiciais não alcançam a pacificação social, escopo último da Jurisdição, uma vez que o litigio não é resolvido de forma integral, ou seja, a solução não é baseada nos verdadeiros interesses das partes. Tem-se, portanto, a resolução da lide processual (objetiva), deixando a solução da lide sociológica (subjetiva) em aberto, mantendo o conflito entre as partes.

Dessa forma, elucida-se que o método tradicional de resolução de conflitos não resolve a lide sociológica, de modo que, mesmo após sobrevir acordo, as partes sentem que o conflito não foi resolvido. Ao contrário, a mediação aborda tanto a lide processual quanto a lide sociológica, possibilitando a resolução integral do conflito, restando o sentimento de que foi feita justiça após o acordo final.

Denota-se que a questão ultrapassa a similitude e compatibilidade existente entre a mediação de conflitos e a ação de guarda de filhos, apontando para a possibilidade de aplicação da mediação nas ações judiciais que tratam deste instituto.

Nesse sentido, não só o artigo 319, inciso VI, do CPC determinou como requisito da petição inicial que o autor informe se possui interesse em audiência de mediação ou conciliação, como também, o artigo 334, parágrafo quinto, deste mesmo diploma civil, oportunizou ao réu manifestar seu desinteresse na audiência de conciliação ou mediação, no prazo de dez dias de antecedência contados da data da audiência.

Registre-se, que as únicas formas da audiência de mediação ou conciliação não ser realizada é o seu descabimento no caso concreto, ou a manifestação expressa de ambas as partes no desinteresse em realizar da audiência.

Ainda, no capítulo das ações de família, através do artigo 694, caput do CPC, fez constar:

> Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Em outras palavras, o CPC tanto possibilita expressamente a aplicação da mediação de conflitos em ações de guarda de filhos, quanto incentiva a utilização destes métodos autocompositivos de resolução de conflitos, quer seja, a mediação e conciliação. Assim, disposições como a acima citada buscam a pacificação dos conflitos, a manutenção dos

no processo, que tem a capacidade ou poder de administrar seus próprios conflitos. [...] ". (AZEVEDO, 2016, p. 211).

lações afetivos e a proteção da família, nos termos do artigo 226 e seguintes da Constituição Federal.

Ainda, conforme expõe Didier Jr. (2016, p. 61), quando o CPC adotou um método autocompositivo de resolução de conflitos, demonstrou que o Poder Judiciário não busca apenas apontar um culpado por toda e qualquer questão, a fim de ter como resultado um julgamento prático, mas sim, busca redimensionar e democratizar seu papel de resolução de conflitos (art. 8º do CPC).

Resta preciso, que a mediação se demonstra aplicável aos processos de guarda de filhos, sendo ferramenta fundamental para a compreensão dos interessados na importância da correta criação e cuidado dos filhos, culminando no comprometimento dos genitores no planejamento e exercício da guarda compartilhada.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A PRESERVAÇÃO DO AFETO

As ações judiciais de direito de família, em especial, de guarda de filhos, envolvem relações interfamiliares complexas, cujo afeto existente entre os membros da família se encontram, de modo geral, desgastados pelo conflito que levou os genitores a demandarem da tutela jurisdicional do estado.

A Pandemia do SARS CoV2[1] (OPAS, 2020) elevou o número de conflitos familiares, separação e divórcio, tanto no Brasil quanto em outros países. Fatores como a ausência de escolas e o surgimento de novos modos de educação e estudo, inovação laboral, restrição de lazer e ocupação de espaços públicos, dentre outros, levou famílias à sobrecarga, e intensificou outros problemas já existentes como o endividamento, acometimento por doenças, além de uma convivência forçada entre os membros da família (Naumann, 2020).

Esse conjunto de mudanças abruptas de estilo e modo de vida por tempo prolongado fez crescer o número de conflitos intrafamiliares, bem como, agravou outros já existentes. A convivência forçada não se deu apenas entre os cônjuges, mas também, entre estes e seus filhos, que não mais passaram algumas horas de seu dia nas escolas, mas em casa, demandando atenção especial dos pais, principalmente no acompanhamento das tarefas escolares à distância.

Dado à realização do isolamento social, bem como, a própria existência da COVID-19, mudar de lar também passou a apresentar um risco às pessoas. Nesse sentido, casais separados permaneceram residindo na mesma casa, bem como, aumentou o índice de violência praticada contra a mulher (Naumann, 2020). Todos estes fatores necessitam de correta abordagem e emergente resolução, afim de se evitar danos maiores, e preservar a parentalidade e o respeito.

A mediação e suas ferramentas de autocomposição estão no Poder Judiciário como o objetivo de tratar o conflito apresentado por cada família, restabelecer a harmonia,

[1]Sars, sigla para Síndrome Respiratória Aguda Grave, que assolou a China no início dos anos 2000, mas foi contida, é provocada por um coronavírus, o SARS-CoV-1. E é um "parente" dele que causa a Covid-1, batizado de SARS – CoV -2 (TOZZI, *et al*, 2021).

promover a manutenção dos laços familiares, a fim de que o bem jurídico tutelado seja protegido da melhor forma possível.

Nesse sentido, aponta Warat (2004, p. 136) ao escrever sobre a mediação:

> Mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente.

Conforme se observa, a mediação "consiste em entender de gente", e é este entendimento que se faz necessário no atendimento às demandas familiares, em especial, as que envolvem direito da criança e do adolescente, principalmente em momentos tão complexos como o qual atravessa a sociedade global.

Assim, Costa e Mosena (2015, p. 52) ensinam ao caracterizar o mediador:

> O mediador é um terceiro neutro, sem poder decisório ou consultivo, mas que amplia o consenso, o diálogo, um facilitador da comunicação entre os interessados na resolução do conflito de forma não violenta.

Dessa forma, enquanto no método tradicional de resolução de conflitos, o processo judicial existe uma clara disputa na demanda, um autor e um réu, um ganhador e um perdedor, pois o resultado final a sentença prolatada pelo Estado-Juiz, as partes, por outro lado, na lide pretendem obter a reafirmação de suas convicções, de modo que ao final, na maioria das vezes, pelo menos um dos envolvidos sai perdendo.

Já, de outra monta, a mediação de conflitos possibilita a reestruturação do diálogo, a mudança de mentalidade dos mediandos para uma forma de pensar positiva. Por outro lado, o mediador apenas é o facilitado do diálogo, não julga, identifica nos interessados seus verdadeiros interesses e necessidade em conflito, utiliza-se de ferramentas capazes de fazer as partes refletirem o conflito de forma positiva para encontra uma solução que seja satisfatória para ambas.

Assim, o sistema autocompositivo de mútua colaboração para a resolução do conflito através do consenso, objetivando que os interessados saiam como ganhadores e cumpram espontaneamente o convencionado por eles no termo de acordo final.

Dentre as ferramentas utilizadas pelo mediador, encontram-se as sessões individuais e coletivas de mediação. Neste sentido, indica Azevedo (2013, p. 147):

> Terminada a sessão privada com cada uma das partes, a etapa seguinte é uma sessão conjunta em que se buscará conciliar todos os interesses revelados nas sessões individuais. A sessão conjunta é uma etapa em que as partes irão debater possibilidades de acordo. Para tanto, mesmo que a parte

> já tenha revelado, na sessão individual, alguma proposta, o mediador deve estimular as próprias partes a se comunicarem para alcançar o consenso. Somente em última hipótese, quando as patês não conseguirem ofertar suas propostas é que o próprio mediador deverá apresenta-las, conforme as informações que tem conhecimento e autorização para revelar.

O mediador deverá nortear o diálogo das partes, a fim de resolver todos os interesses tidos e percebidos nas sessões individuais, não interferindo no diálogo das partes, e apresentado os interesses destas, a fim de, visualizando a possibilidade de acordar sobre determinado elemento, propor uma medida, mesmo que esta tenha sido apresentada pelas partes nas sessões individuais, pois a solução deve partir dos interessados em resolver o conflito.

Em outras palavras, o mediador age como facilitador do diálogo e comunicação, com o fulcro de conduzir a mediação à abordagem de todos os interesses existentes, e possibilitar a visualização de soluções pelas próprias partes.

Dessa forma, tendo as partes obtido a solução para os seus interesses, as atitudes por elas firmadas gozam de maior comprometimento, visto que, embora tenha havido auxílio do mediador no estabelecimento da comunicação, o acordo final foi estabelecido por elas mesmas, e não de forma imposta por terceiro imparcial.

Nesse sentido, comparando a solução judicial tomada através do método tradicional de resolução de conflitos, com a solução obtida através da mediação, sistema autocompositivo de resolução de conflitos, Leite (2008) aponta que a primeira não prepara os envolvidos a conviver após a mudança estrutural da família, mas acaba potencializando o ressentimento, visto que através do método tradicional de resolução de conflitos, enquanto uma parte é vencedora, a outra parte sai derrotada, ao passo em que o mesmo não se visualiza através da mediação de conflitos, em que ambas as partes podem sair ganhadoras.

Esta característica constitui elemento vital para a preservação do afeto após acordo final da mediação, onde realiza o diálogo e o comprometimento de todos os envolvidos. Enquanto no sistema tradicional de resolução de conflitos, as partes têm de fazer a vontade de uma decisão que lhes foi imposta e pela qual não estão de fato comprometidas.

Especialmente em caso de violência doméstica praticada contra a mulher, a medida correta e emergente é garantir que a mesma possa estar em segurança, no que se inclui a retirada do agressor do ambiente familiar, ou acompanhamento em segurança da mesma para outro ambiente (DIAS, 2012). Após, a mediação pode ser aplicada (com segurança) buscando recuperar o máximo possível de respeito, afeto mútuo, e responsabilidade em relação aos filhos.

No sistema autocompositivo de resolução de conflitos, através da mediação, as partes constroem as soluções para seus próprios problemas de modo a satisfazer seus próprios interesses. Dessa forma, estando comprometidas com o que foi combinado, as partes tendem a preservar as condições do acordo, manter o respeito e carinho recíprocos.

Em outras palavras, a mediação recupera o *status quo* do afeto, ou seja, com o diálogo entre as partes é restaurado o afeto existente antes do surgimento do conflito. Concomitante, esta atitude de respeitabilidade e comprometimento garante a preservação dos sentimentos afetivos e à pacificação social.

As vantagens da utilização da mediação como prevenção de conflitos familiares

A mediação de conflitos possui diversas características vantajosas que possibilitam a resolução do litígio de forma integral, além de prevenir o surgimento de novos conflitos relacionados com o objeto da demanda.

Uma destas características fundamentais da mediação familiar é a capacidade de reduzir a animosidade dos interessados que possuem uma relação continuada, pois eles serão pais em obrigação e compromisso recíproco e eterno com seus filhos. O mediador terá a oportunidade de tratar o conflito em todo o seu espiral problemático, visto que poderá utilizar-se de sessões individuais, conforme aponta Azevedo (2013, p. 98-99):

> E prerrogativa do mediador e, ainda, dada a existência de fatores e particularidades inerentes ao conflito, desde o seu surgimento, como por exemplo, a forma de comunicação e o interesse das partes, o que torna cogente a consideração dos aspectos emocionais durante o processo, as sessões individuais são de extrema valia para o entendimento das dinâmicas do conflito por parte do mediador.

Assim, as sessões individuais são oportunidades para que os interessados se sintam à vontade para falar tudo o que estão sentindo, não é uma terapia para as partes desabafarem, mas o Poder Judiciário está propondo uma oportunidade não adversarial de resolver o conflito sem imposição e de forma adequada.

O mediador identifica os sentimentos que norteiam a demanda e que precisam ser tratados para que o conflito seja resolvido de forma integral, e, assim de forma voluntária, oral, informal, imparcial, confidencial, as partes tem a segurança de que sua privacidade será resguardada e que se não for cumprido o termo de acordo poderá executá-lo, pois ele possui eficácia executiva igual uma sentença, sem a imposição arbitrária da mesma.

Conforme já abordado, a mediação trata tanto da lide processual quanto da lide sociológica, esta última, não resolvida pelo sistema tradicional de resolução de conflitos.

Nesta comparação, defende Santos (2004, p. 13):

> Os conflitos nunca desaparecem, transformam-se, isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes envolvidas fizerem a mesma coisa).

Dessa forma, enquanto o método tradicional de resolução de conflitos resolve o

problema aparente, isto é, no caso da guarda de filhos, decide a questão determinando o compartilhamento da guarda ou quem a deva exercer na exclusividade, deixando de tratar os problemas não aparentes que levaram à discussão da guarda, a mediação, como sistema autocompositivo de resolução de conflitos, trata do conflito desde a sua origem, dos problemas não aparentes, ou mesmo, da lide sociológica.

Consequentemente, no momento em que as partes interessadas na resolução do conflito adotam um agir colaborativo, e por meio de um diálogo respeitoso, adotam soluções para a resolução do conflito de forma integral, comprometendo-se na elaboração de um acordo em que ambas possam cumprir, e visando a proteção integral dos filhos, tanto o conflito principal (aparente) quanto os conflitos secundários (não aparentes) terão desaparecido, não restando elementos que possam se transformar em novos conflitos. Em outras palavras, ocorre pacificação social de forma efetiva e completa, resultando na tão desejada preservação do afeto das relações familiares.

Registre-se, por fim, a posição de Trentin e Spengler (2012, p. 54) no uso da mediação de conflitos nas ações judicias envolvendo guarda de filhos:

> Ainda, é plausível evidenciar-se que a mediação é uma alternativa mais adequada qualitativa e quantitativamente no tratamento de conflitos, de forma primordial nos casos de família, que envolvem guarda de filhos, em que se trata dos sentimentos das pessoas. [...].

Portanto, a mediação de conflitos se apresenta como ferramenta imprescindível na resolução de conflitos que envolvam direito de criança e adolescente, tal como a guarda de filhos, contribuindo na restauração do diálogo, na manutenção das relações familiares e na preservação do afeto.

Considerações Finais

O CPC/2015 trouxe a possibilidade de humanizar a justiça com a possibilidade de implementar a mediação em todas as ações de família a fim de tratar os conflitos de forma integral, possibilitando as famílias uma nova oportunidade de reconstrução e manutenção do afeto.

Está claro e devido que nos casos de violência doméstica, a medida adequada e urgente é a retirado do agressor do ambiente familiar, ou a remoção da vítima com segurança, acompanhando-a até outro local em que esta possa se estabelecer. Após, com segurança, a mediação de conflitos pode ser aplicada para reestabelecer o máximo possível do respeito recíproco, bem como, especialmente, para que os mediandos e entendam e cumpram com a sua responsabilidade em relação aos filhos.

Nesse sentido, a mediação de conflitos, de forma isolada, não é capaz de garantir a proteção integral à criança e ao adolescente, contudo, ela é a engrenagem fundamental para a efetivação deste princípio, através do seu exercício entre os interessados, na fixação da

Guarda de Filhos, especialmente na modalidade Compartilhada, suas ferramentas e técnicas conduzem as famílias a um diálogo construtivo e continuado a fim de que encontrem a melhor forma de fixação da guarda, como responsabilidade e comprometimento.

Pela mediação de conflitos familiares, tanto na forma judicial como extrajudicial, possibilita-se que os mediandos reflitam suas rotinas, dialoguem e tomem pela autocomposição a decisão mais adequada à fixação da guarda dos filhos. Assim, a opção e aplicação da mediação de conflitos se mostra anda mais cogente neste período de Pandemia do SARS CoV2, cujos conflitos se intensificaram.

Ato contínuo, a decisão de forma harmônica e voltada à melhor proteção possível da criança e do adolescente também mantém os laços familiares. Entretanto, a proteção integral da criança e do adolescente só existe de forma efetiva em exercício contínuo, o que ocorre através da guarda compartilhada, conforme restou comprovado pelos argumentos apresentados neste estudo.

Referências

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 333 p. Brasília: Distrito Federal, 2013.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial.** 6. ed. Brasília: Distrito Federal, 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, DISTRITO FEDERAL, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. de 05 de outubro de 1988. Brasília, DISTRITO FEDERAL, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

COSTA, Thaise Nara Graziottin e MOSENA, Maurício. **O pensamento complexo de Edgar Morin e a jurisdição frente ao código de processo civil: a possibilidade da conciliação e da mediação como perspectiva emancipatória e participativa do cidadão na resolução de conflitos.** In: X Seminário Acadêmico de Direito – IMED, 2015, Passo Fundo/RS. O novo CPC e os desafios para o direito e para advocacia na contemporaneidade. Vol. 2. Erechim: Deviant, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8. ed., rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR, Fredie. Coord. **Negócios processuais**. 2 ed. rev. Atual e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LEITE, Eduardo de Olveira. **Mediação, arbitragem e conciliação - Grandes temas da atualidade**. V. 7. São Paulo: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NAUMANN, Tatiana. **Violência contra a mulher, divórcio e separação na pandemia:** A decisão por um divórcio que já tende a ser bastante complicada, neste momento de pandemia, tem sido ainda mais difícil. (*in*) O Globo. 25.06.2020. Disponível em https://oglobo.globo.com/celina/violencia-contra-mulher-divorcio-separacao-na-pandemia-24496605. Acesso em: 30 ago. 2021

OPAS – Organização Panamericana de Saúde. **Folha informativa sobre COVID-19.** Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. Acesso em: 30 ago. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da, BUSNELLO, Liane Maria (Org.). **O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios.** A Guarda Compartilhada Como Dever Constitucional - O Papel do Judiciário em Garantir a Eficácia Constitucional. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. São Paulo: Fundação Boiteux, 2004.

TOZZI, Marcela; *et al.* **Você sabe como surgiu o coronavírus SARS-COV-2?** Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. Blog Coronavírus. Disponível em https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/27-como-surgiu-o-coronavirus. Acesso em: 30 ago.2021.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra (Org), SPENGLERS, Fabiana Marion. **A mediação como política pública para um acesso à justiça quantitativa e qualitativamente melhor.**

Mediação. Política Pública para um Acesso à Justiça Eficaz. ISBN: 9783846573624: Editorial Académica Española, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: Oficio do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

CONSTELAÇÕES FAMILIARES: ATUAÇÃO NOS CONFLITOS SOB A ÓTICA DO DIREITO SISTÊMICO NA BUSCA POR SOLUÇÕES PACÍFICAS

Huini Paola Wendisch[1]
Giana Lisa Sartori Zanardo[2]

RESUMO: O presente artigo é resultado parcial das pesquisas realizadas para a monografia da autora, que se encontra em vias de conclusão, nesse sentido o que se pretendeu foi abordar sobre a criação do Direito Sistêmico no Brasil e atuação das Constelações Familiares no Direito de Família concernente a solução de conflitos, sob a ênfase de uma visão sistêmica. As Constelações, criadas pelo Psicoterapeuta alemão Bert Hellinger (1925-2019), parte da ideia do olhar sistêmico fenomenológico, assim, nesse método, em observância as Leis ou Ordens do Amor, a solução pode ser alcançada através do olhar integral para os vínculos e relacionamentos estabelecidos internamente a um sistema familiar, que abrange o próprio indivíduo e toda sua ancestralidade. Nessa conjuntura, as Constelações Familiares focam os aspectos das relações que estão presentes em nível inconsciente e entrelaçam os membros de um sistema profundamente. Buscar alternativas, soluções mais eficazes e pacificas por intermédio da aplicação da técnica de Constelação Familiar, envolvendo contendas em que as partes litigam judicialmente, e com profissionais do Direito que poderão auxiliar a parte a descobrir a melhor forma de resolução para o conflito que a acomete. Também a esfera extrajudicial, em mediações, arbitragem, conciliações, negociações é campo fértil para fazer uso das constelações sistêmicas. O método utilizado foi o indutivo, analítico descritivo através da técnica bibliográfica.

Palavras-chave: Constelações Familiares. Direito sistêmico. Solução de conflitos.

INTRODUÇÃO

A abordagem sistêmica através do método conhecido como "Constelações Familiares", vem ganhando considerável espaço e destaque no Poder Judiciário Brasileiro, por apresentar técnicas que possibilitam encontrar a verdadeira raiz do conflito em discussão e auxiliar as partes a encontrar um caminho de resolução com mais objetividade e ponderação, assim se despindo de uma postura litigiosa e acirrada, abrindo espaço para uma dinâmica de maior percepção do caso concreto, assumindo uma postura de razoabilidade e sensatez perante a situação.

Outrossim, cabe considerar que manter um litígio e sua discussão judicial muitas vezes é desgastante e oneroso às partes envolvidas, sendo de grande valia a adoção de meios

[1] Acadêmica do 10º. Semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail*: huuini@gmail.com.
[2] Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudenza pela Università di Perugia, Itália (2013). Endereço eletrônico: sgiana@uricer.edu.br.

alternativos para resolução de conflitos que encontra respaldo na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010, além do Código de Processo Civil de 2015, que estimula medidas que promovam a pacificação entre as partes. Nesse cenário, o Direito Sistêmico (STORCH, 2016) visa encontrar a verdadeira solução das controvérsias. Assim sendo, o presente artigo visa explanar acerca desse novo viés sistêmico a fim de promover soluções efetivas nos litígios familiares, a conciliação e pacificação entre as partes.

No presente estudo, pretende-se obter breves esclarecimentos de como surgiu o Direito Sistêmico no Brasil e como ocorreu à implementação da Constelação Familiar na justiça brasileira, exemplificando como este método de solução de controvérsias é realizado no âmbito do Direito de Família. O objetivo é esclarecer como a Constelação Familiar atua na solução de conflitos na esfera familiar, a partir da visão sistêmica.

Um dos fatos que fomentam essa pesquisa é que, o acionamento do Poder Judiciário para solucionar conflitos de forma litigiosa, já possui uma numerosa e vasta quantidade de demandas. Nota-se nesse aspecto, que o trâmite processual convencional das Varas de Família muitas vezes não atende às reais necessidades sociais, tendo em vista a morosidade nas decisões dessa natureza. Dessa forma, os juristas buscam, cada vez mais, medidas alternativas para solucionar as lides de forma mais efetiva e pormenorizada, a fim de se garantir o efetivo acesso à justiça.

O Direito Sistêmico tem o foco nas relações, buscando a evolução da sociedade e da consciência coletiva, tornando-se necessária a "humanização do Direito", a fim de realmente garantir uma solução mais justa e eficaz aos conflitos familiares, estes, geralmente sendo de tamanha complexidade devido as partes do processo estarem lidando diretamente com suas próprias questões emocionais, na qual a Lei Positivada por si, não consegue promover o diálogo e a superação de traumas familiares existentes entre os conflitantes, pois, muitas vezes uma sentença extingue e resolve o processo, todavia, não consegue solucionar o conflito que acomete a família que nele litiga em busca de garantir seus direitos, e principalmente, da verdadeira paz.

O DIREITO SISTÊMICO: BREVES NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Sami Storch, Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e precursor da aplicação das Constelações Familiares no Poder Judiciário Brasileiro, criou a expressão "direito sistêmico", que surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores (ordens sistêmicas) que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvidas pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. (STORCH, 2010)

O juiz Storch se dedicou ao estudo das constelações familiares, percebendo, então, o efeito, eficácia e eficiência que eram proporcionados às pessoas que participavam da abordagem psicoterapêutica. Em seguida adotou a técnica e praticou em alguns casos

jurídicos, devido à complexidade real de solucioná-los por meio de abordagens que não penetrassem mais profundamente nas *psiques* das pessoas.

> O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio. (STORCH, 2018)

Segundo o entendimento de Araújo e Milhomem (2019), o Direito Sistêmico vem para promover a paz à esfera bélica construída no Direito, a fim de aprofundar com mais segurança um conflito, revelando sua causa primordial e estabelecendo com que o Poder Judiciário efetive a solução do conflito de forma integral, assim, criando uma sociedade mais justa.

> A aplicação do Direito Sistêmico pode se dar de três formas: a) pela simples "Postura Sistêmica", ou seja, pelo olhar do conflito sob a visão hellingeriana; b) pela a aplicação de exercícios, dinâmicas e vivências sistêmicas com a utilização de frases de solução ensinadas por Bert Hellinger, e finalmente, c) pela utilização das próprias constelações sistêmicas para ajudar na solução do conflito, caso seja do interesse da parte envolvida. [...] Portanto, o Direito sistêmico mostra-se como mais um método de solução consensual de conflitos, bem como de transformação e prevenção destes, tanto no âmbito Judicial como no Extrajudicial. Diante do crescente volume de ações judiciais, é muito importante encontrar métodos que auxiliem na diminuição do número de demandas, a fim de que tenhamos um Poder Judiciário mais eficaz. Do mesmo modo, é mister que os operadores do direito incentivem a solução consensual de conflitos, pelo bem e equilíbrio da sociedade como um todo, apoiando e empoderando as partes envolvidas, de modo que elas sejam as protagonistas da decisão, e que esta seja uma solução justa e que traz mais paz aos conflitantes. Obviamente a intenção não é enfraquecer o sistema preexistente, mas sim fortalecê-lo, buscando humanização, solução, inclusão e pacificação. O Direito Sistêmico é um tema bastante atual no meio Jurídico e tem despertado curiosidade e opiniões divergentes. De forma simples, por Direito Sistêmico, pode-se entender a aplicação da filosofia hellingeriana, ou seja, das leis sistêmicas e constelações familiares ao campo Jurídico. Esta abordagem surge como uma resposta ao clamor social por uma Justiça mais humanizada e célere. (ARAÚJO; MILHOMEM, 2019, p.1)

A prática ocorre antes da audiência, sendo uma fase de pré-mediação, e também durante a mediação. Dr. Sami Storch, juiz de direito, deu carreira à aplicação das constelações quando era juiz na Comarca de Castro Alves/BA, em processos da área de família, no momento em que ocorriam as audiências. Já na área da infância e juventude, assim como na criminal, fez a utilização de exercícios de constelações e meditações. Desta forma, surge o Direito Sistêmico, que tem como cerne a aplicação das leis sistêmicas e a utilização da ciência jurídica para tratar problemas geradores de conflitos sob uma ótica de

visão mais humanitária.

AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NA ESFERA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Esse método é considerado fenomenológico e explica que há uma repetição de comportamentos causadores de desequilíbrios e conflitos no sistema familiar que influem diretamente na vida de um indivíduo, e estes padrões seguem um parâmetro de acordo com gerações passadas, mesmo que de uma maneira inconsciente. Em observância ao sistema de relacionamentos, diretamente interligado com a família, em que pese são as primeiras relações do ser humano assim que é concebido com vida, Hellinger (2012) propôs que há uma "consciência de clã" em todos nós, que é norteado por simples "**leis/ordens sistêmicas**" ou "**ordens do amor**", que entende a estes três princípios norteadores:

I – Lei o pertencimento: a necessidade de pertencer ao grupo ou clã;

II – Lei do Equilíbrio: a necessidade de equilíbrio entre o dar e o receber nos relacionamentos;

III – Lei da Ordem/Hierarquia: A necessidade de hierarquia dentro do grupo ou clã, a segurança proporcionada pela convenção e previsibilidades sociais.

> Sentimos essas três necessidades com a premência de impulsos ou reações instintivas. Elas nos subjugam a forças que nos desafiam, exigem obediência, coagem e controlam; elas limitam as nossas escolhas e nos impingem, queiramos ou não, objetivos que entram em conflito com os nossos desejos e prazeres pessoais. Estas necessidades limitam nossos relacionamentos, mas também os tornam possíveis, pois tanto refletem quanto facilitam a necessidade humana fundamental de relacionamento íntimo com os outros. Os relacionamentos são bem-sucedidos quando conseguimos atender a essas necessidades e equilibrá-las; mas passam a ser problemáticos e destrutivos quando não o conseguimos. A cada ato que praticamos que afeta os outros, sentimo-nos culpados ou inocentes. Assim como o olho distingue continuamente a luz das trevas, um órgão interno discrimina a cada passo o que convém ou não convém aos nossos relacionamentos. Quando o que fazemos ameaça ou prejudica os nossos relacionamentos, sentimo-nos culpados; mas, quando os beneficia, sentimo-nos livres de culpa, ou inocentes. Chamamos de consciência pessoal nossa experiência de culpa ou inocência, isto é, o que beneficia ou prejudica relacionamentos. Portanto, os sentimentos de culpa e inocência são, basicamente, fenômenos sociais que nem sempre nos impelem para valores morais superiores. Ao contrário, ligando-nos firmemente aos grupos necessários à nossa sobrevivência, os sentimentos de culpa e inocência muitas vezes nos cegam para o bem e o mal. (HELLINGER, 2012, p. 18).

Lei do Pertencimento

Devido a essa natural necessidade do individuo humano pertencer a um clã, é

comum que este muitas vezes acaba por repetir certos padrões de consciência estancados no sistema familiar que são identificados entre gerações a fim de garantir o Pertencimento, mesmo que esta repetição de comportamento e identificação cause dificuldades na vida do individuo, isto ocorre devido ao sentimento inconsciente de lealdade ao sistema familiar.

De acordo com Hellinger (2012), a repetição de padrões familiares acontece da seguinte forma: um membro mais jovem do sistema traz novamente à tona a experiência daquilo que em algum momento foi difícil para a família. Algum acontecimento que talvez tenha motivado a exclusão e de um membro anterior. Assim, o clã (sistema familiar) é intimado a lidar com a mesma dinâmica. É uma chance de restaurar aquele que teve seu pertencimento negado no passado e assim restituir o equilíbrio do sistema familiar, porém desta vez sem excluir o membro "leal" identificado com o ancestral, pois na visão sistêmica e das constelações, ninguém pode ser excluído, pois na natureza e na vida, todos tem seu lugar no sistema e tudo tem seu lugar. Assim sendo, o repetir é um movimento inconsciente, ligado aos instintos mais primitivos de grupo, de acordo com Hellinger:

> Dentre os dois tipos de consciência, a consciência coletiva inconsciente é, evidentemente, a original, a arcaica. Por assim dizer, ela se originou antes que o indivíduo pudesse se diferenciar e seguir uma consciência pessoal. É a consciência de um grupo. Esse grupo é mantido unido através de uma instância em comum, que zela para que nessa coletividade sejam mantidas certas ordens, para que a violação dessas ordens seja expiada e assim tenta anular a violação ou, pelo menos, que sejam trazidos à memória aqueles que sofreram injustiça, fazendo com que seu destino seja repetido por outros. (HELLINGER, 2012, p. 243)

Outrossim, Hellinger (2012) em seu Livro a Simetria Oculta do Amor, explica que este movimento inconsciente é difícil e gerador de diversos emaranhamentos familiares, pois somos colocados a esta dinâmica de forma cega por nossas consciências coletiva e pessoal, pois, para operar este serviço de pertinência ao clã, a consciência reage a tudo o que estreite ou ameace nossos vínculos, agindo de modo que opere em congruência com os valores de seu grupo. Desta forma, a consciência é inocente quando agimos de modo a assegurar a integração, e culpada quando, depois de nos afastarmos das normas do grupo, temos medo de que o nosso direito a pertencer a ele esteja ameaçado ou anulado.

Neste sentido, em consoante com o pensamento de Hellinger (2012), o estudo das Constelações Familiares foi desenvolvido com métodos de identificação desses movimentos inconscientes, trazendo a possibilidade de solucionar e cessar os movimentos que causem prejuízos à vida da pessoa que está sendo constelada, de uma forma que ela reestabeleça sua verdadeira essência e a direção de sua própria vida e verdade.

Lei do Equilíbrio entre dar e receber

Esta ordem é de suma importância para o funcionamento e manutenção dos relacionamentos em geral, tendo em vista que o equilíbrio entre o crédito e débito é a segunda dinâmica fundamental de culpa e inocência nos vínculos. Caso haja desequilíbrios na doação e recebimento, surgem problemas que podem variar de diversas formas e escalas, entretanto, se esta for equilibrada e recíproca, os relacionamentos são favorecidos e os envolvidos conhecem a paz, pois, a dinâmica nos vínculos interpessoais de culpa e inocência ocorre da seguinte forma: primeiramente, nos sentidos credores quando damos e devedores quando recebemos, por esta razão há uma necessidade fundamental de equilíbrio entre crédito e débito. (HELLINGER, 2012)

> Quando aceitamos alguma coisa de alguém, perdemos a inocência e a liberdade. Quando recebemos, ficamos em débito e devedores para com o doador. Sentimos essa obrigação como desconforto e pressão, e tentamos nos aliviar dando algo em troca. (HELLINGER, 2012, p. 21)

Observa-se que para manter relacionamentos saudáveis, é preciso equilibrar a balança, fazendo o que nos cabe, e dentro do que podemos receber. Do outro tomamos apenas aquilo que é o justo, sendo grato pela sua disposição, mas na medida exata em que o outro possa oferecer. Vale ressaltar o entendimento de Hellinger sobre o caminho da "troca total", este sendo o ideal para a dinâmica do equilíbrio entre dar e receber:

> O terceiro e mais belo caminho para a inocência no dar e receber é o contentamento que se segue a uma troca total, quando damos e recebemos plenamente. Essa troca é o cerne dos relacionamentos: o doador recebe, o recebe- dor dá. Ambos são doadores e recebedores ao mesmo tempo. Para a inocência, não importa apenas o equilíbrio entre o dar e o receber, mas também o seu volume. Um volume pequeno de doações e recebimentos traz pouco proveito; um volume grande nos toma ricos. O dar e receber em larga escala traz consigo um sentimento de abundância e felicidade. (HELLINGER, 2012, p. 22)

As leis sistêmicas serão apresentadas na sequência.

Lei da Hierarquia

O mais velho tem precedência sobre o mais novo. Os antigos vêm primeiro e tem prioridade sobre os que vêm depois, assim, os pais são maiores que os filhos. Nesse entendimento, as relações familiares precisam seguir a hierarquia para ter equilíbrio no sistema familiar. Conforme explica Garcia (2019), a Lei da Hierarquia é fundamental e necessário que se respeite aqueles que vieram primeiro. Desta forma, os filhos devem respeitos a seus pais e, estes, por sua vez, precisam respeitar aqueles que vieram antes deles, seus antepassados. A quebra dessa Lei e por consequência os desequilíbrios, ocorrem quando os papéis se invertem: quando os filhos ocupam, dentro da família, a posição que

deveria ser de seus pais. E isso pode acarretar, por exemplo, em pais com comportamentos e atitudes infantilizados e filhos mais nervosos, ansiosos e emocionalmente frágeis, já que serão obrigados a suportar uma carga emocional que, em tese, não é sua e nem deveriam carregar. Bert Hellinger elucida em seu livro, a Simetria Oculta do Amor, acerca da dinâmica que compõe a Lei da Hierarquia no sistema familiar:

> O amor flui mansamente quando todos os membros de um sistema familiar obedecem à hierarquia. Como vimos, a hierarquia familiar deve atender a três critérios: tempo, peso e função. Com respeito ao tempo, a hierarquia familiar vem de cima e do mais antigo até o mais novo. Assim como o tempo, ela não pode ter a direção invertida: os filhos sempre vêm depois dos pais e os mais jovens sempre vêm depois dos mais velhos. [...] O relacionamento entre marido e mulher existe antes de se tomarem pais; há adultos sem filhos, mas não existem filhos sem pais biológicos. O amor vence quando os pais cuidam bem dos filhos quando eles são jovens, mas a recíproca não é verdadeira. Assim, o relacionamento entre marido e mulher assume prioridade na família. A prioridade baseada no tempo também se aplica aos irmãos. Os que estão perto do começo da vida recebem dos que já viveram mais. O mais velho dá ao mais jovem, o mais jovem recebe do mais velho. [...] (HELLINGER, 2012, p. 74)

De acordo com o que observa Hellinger (2012), cada uma dessas três necessidades submetem o indivíduo a forças que desafiam seus desejos e ânsias pessoais, controlando, exigindo obediência e coagindo. Operando, então, como leis que limitam as vontades e expressões individuais, mas também tornam possíveis os relacionamentos íntimos com outras pessoas.

O psicoterapeuta Hellinger preceitua a técnica das Constelações da seguinte forma:

> A singularidade da referida técnica é baseada em estudos filosóficos pertinentes à teoria do conhecimento, com destaque à Fenomenologia, sendo esta dividida, no ínterim da psicoterapia. Na fenomenologia filosófica, procuro perceber o essencial dentre a grande variedade dos fenômenos, na medida em que me exponho totalmente a eles, com minha máxima abertura. Esse essencial surge repentinamente do oculto, como um raio, e sempre ultrapassa em muito o que eu poderia excogitar ou deduzir logicamente a partir de premissas ou de conceitos. Não obstante, ele nunca se revela totalmente. Permanece envolvido pelo oculto, como cada ser é envolvido por um não-ser. Dessa maneira, considerei os aspectos essenciais da consciência, por exemplo, que ela atua como um órgão de equilíbrio sistêmico, ajudando-me a perceber imediatamente se me encontro ou não em sintonia com o sistema e se o que faço preserva e assegura o meu pertencimento ou se, pelo contrário, o coloca em risco ou suprime. Portanto, nesse contexto, a boa consciência significa apenas: "Posso estar seguro de que ainda pertenço ao meu grupo (faço parte do grupo)." E a má consciência significa: "Receio não fazer mais parte do grupo". Assim, a consciência pouco tem a ver com leis e verdades universais, mas é relativa e varia de um grupo para outro.

(HELLINGER, 2007, p.16)

O estudo das constelações sistêmicas está diretamente entrelaçado com a Teoria dos Campos Mórficos de Rupert Sheldrake, inquirição que não será abordada profundamente neste trabalho. Segundo Sheldrake (1981), o campo é onde está conectada a informação genealógica ou de membros de um sistema, em sua teoria, de um ponto de vista quântico, existem na natureza alguns campos chamados **Morfogenéticos**, os quais são como estruturas organizadoras invisíveis que modelam ou dão forma a tais coisas como plantas ou animais, que também têm um efeito organizador em contrapartida. Portanto, as constelações, nada tem de relação com religião, misticismo, ocultismo ou estudo das estrelas, e sim é referente a uma ferramenta híbrida em diversos aprofundamentos e experiências práticas realizadas pelo Bert Hellinger, que dedicou toda sua vida ao estudo das relações humanas e de seus padrões de comportamento, ferramenta a qual, atualmente está em ascensão no Poder Judiciário Brasileiro devido a sua legitimada aplicabilidade.

Na mesma esfera de raciocínio do biólogo Sheldrake, o psiquiatra Tripicchio (2007), esclareceu que sobre a maneira pela qual os indivíduos do passado, influencia os campos mórficos dos indivíduos atuais que lhes correspondem, depende de um processo chamado ressonância mórfica, a influência do semelhante sobre o semelhante através do espaço e do tempo. A ressonância mórfica não diminui com a distância. Não envolve transferência de energia, mas de informação.

Assim sendo, para Lopes e Costa apud Tripicchio (2018), os campos equiparam-se a uma memória coletiva, a qual permeia todo o sistema familiar, desde o passado. Essas informações memoriais estariam ligadas aos nossos ancestrais, por esta razão, certos padrões de comportamentos seriam transmitidos de geração em geração. Desta forma, os campos constituem os meios pelos quais os hábitos de cada espécie são formados, mantidos e herdados. Então, quanto maior for a frequência com que um padrão de desenvolvimento é repetido no sistema, maior será a probabilidade de que ele venha a ser novamente adotado.

Nesse contexto, o psiquiatra Jung equipara esse fenômeno da memória coletiva, ao que este chama de inconsciente coletivo:

> O inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de que não deve sua existência à experiência pessoal, não sendo, portanto, uma aquisição pessoal. **Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e no entanto desapareceram da consciência por terem sido esquecidos ou reprimidos, os conteúdos do inconsciente coletivo nunca estiveram na consciência e, portanto, não foram adquiridos individualmente, mas devem sua existência apenas à hereditariedade**. Enquanto o inconsciente pessoal consiste em sua maior parte de complexos, o conteúdo do inconsciente coletivo é constituído essencialmente de arquétipos. (JUNG, 2002, p. 53) (Grifou-se)

Desta forma, conforme o entendimento de Jung (2002), o inconsciente coletivo tem conexão com o espírito de grupo, ora encontrados em todos os seres humanos, que trazem conteúdos históricos a qual foram herdados coletivamente. Estes conteúdos jamais estiveram na consciência, nem tampouco foram adquiridos. O autor denominou estes conteúdos de arquétipos, que se referem às imagens primitivas inseridas no inconsciente coletivo desde o princípio da existência, que ajudam a explicar histórias passadas, vividas por outras gerações desde a criação do Universo.

A FAMÍLIA SOB A LUZ DA VISÃO SISTÊMICA DE BERT HELLINGER

Com base na sua visão sistêmica de Hellinger (2007), o sistema familiar significa uma comunidade de pessoas unidas pelo destino, através de várias gerações, cujos membros podem ser envolvidos no destino de outros membros. Reconhece-se a amplitude do sistema pela amplitude dos destinos que provocam tais envolvimentos. A partir desse sistema formado por uma egrégia de pessoas unidas pelo destino e seus mistérios, quais sejam:

> O filho e seus irmãos ou meio-irmãos, inclusive os falecidos e natimortos. Este é o nível inferior; Depois no nível imediatamente superior, vêm os pais e seus irmãos ou meio-irmãos, inclusive os prematuramente falecidos e os natimortos; A seguir, mais um nível acima, incluem-se os avós e, mais raramente algum irmão ou meio-irmão dos mesmos. Isso, porém é raro; Às vezes inclui-se, também raramente, algum bisavô; Entre os anteriores citados, estão especialmente importantes as pessoas que tiveram um destino funesto ou foram lesados por membros do sistema – por exemplo, em assuntos de herança – ou que foram excluídas, dadas a terceiros, desprezadas ou esquecidas; Seguem-se então – e muitas vezes são estas as pessoas mais importantes – todos os que cederam lugar a outros nesse sistema, mesmo que não sejam parentes. É o caso, por exemplo, de algum cônjuge ou noivo anterior dos pais ou dos avós, mesmo que já falecido; Também fazem parte do sistema o pai ou a mãe dos meio-irmãos; Pertencem-lhe ainda aquelas pessoas de cuja desvantagem ou prejuízo alguém do sistema foi beneficiado, por exemplo, recebendo alguma herança por motivo de sua morte prematura ou por terem sido deserdadas. – Incluem-se, além disso, todos os que colaboraram para a vantagem de alguém no sistema, por exemplo, como empregados, e que depois sofreram prejuízo ou injustiça. É preciso, entretanto, que se trate de um grande prejuízo e de uma grande injustiça. – Não pertencem ao sistema, nesse sentido, tios ou tias agregadas pelo casamento, bem como primos e primas. (HELLINGER, 2007, p. 62)

Em consoante com o pensamento de Cardoso (2016), Constelação Familiar é dinâmica terapêutica que tem por escopo vislumbrar todo o corpo social de uma família quando o que se pretende é a solução de conflitos, sejam eles do âmbito familiar ou não.

Nesse contexto, a referida técnica é capaz de acessar o Campo Morfogenético da

família, que é onde estão todas as suas informações emocionais e psicológicas, e por isso é capaz de identificar desordens, conflitos e pontos de tensão emocional e psicológica no sistema familiar que condicionam o comportamento dos sujeitos que o compõe sem que, na maioria das vezes, se deem conta.

Segundo Hellinger (2012), o conflito familiar é o desequilíbrio que surge a partir do desrespeito, confrontação e negligência de uma das Leis que regem o sistema familiar, da Hierarquia, Pertencimento e Equilíbrio:

> As ordens sistêmicas que permitem ao amor florescer nas famílias são muito difíceis de se definir com precisão. Elas apresentam muito mais flexibilidade do que as normas sociais ou morais, inventadas por sociedades ou pessoas para serem obedecidas à risca. Elas são diferentes também das regras de um jogo, que podem ser modificadas de acordo com as circunstâncias ou o capricho. As ordens simplesmente estão aí. O amor exige o que exige, imune ao desejo das pessoas de que suas exigências sejam outras. Não se pode infringir a ordem como se infringe uma lei; mas as Ordens do Amor podem, e o fazem, castigar pessoas que insistem em ignorá-las. Se não agirmos segundo as exigências do amor, ele se enfraquece e morre, mas não sem pleitear compensação por tamanha negligência. Num relacionamento, submeter-se às Ordens do Amor é prova de humildade. Em vez de ser limitadora, essa submissão ampara a vida e a liberdade. E como nadar num rio que nos arrasta: se acompanhamos a corrente, ficamos livres para manobrar de um lado para o outro. (HELLINGER, 2012, p. 100)

Diante do exposto, é possível analisar que a família, perante a visão sistêmica é vista profundamente em toda sua integralidade, observando as dinâmicas que a acometem através do comportamento de seus membros.

> Os membros de uma família ampliada veem-se como um todo e se sentem completos quando todos os que pertencem ao círculo familiar têm um lugar de honra em seus corações. Pessoas que só se ocupam de si mesmas e de sua própria felicidade não sentem essa plenitude. Sempre que um membro da família consegue restaurar no seu coração um excluído, a diferença é prontamente sentida. As imagens internas da família e do eu ficam mais completas e a pessoa de fato se sente mais integrada. (HELLINGER, 2012, p.101)

Destarte, acerca das dinâmicas ocultas que versam os sistemas familiares, para Franz (1988), a atmosfera invisível é muito mais poderosa do que aquilo que se vê e por isso Jung dizia que não faz muita diferença o que dizemos ou fazemos com os filhos, e o que realmente importa é que sejamos saudáveis irradiando uma atmosfera saudável e positiva. Segundo a autora, as crianças, ainda estão nadando no inconsciente, na atmosfera de uma situação, e é a isso que reagem. Nesse caso, não faz muita diferença o que se diz. De qualquer forma, os filhos não ouvem mesmo, porque eles reagem ao que está por trás.

Aplicação das Constelações Familiares no âmbito jurisdicional no Direito de Família

O Direito de família é um fenômeno que está longe de ser exclusivamente jurídico, pois toca em questões muito profundas da alma do ser humano, possuindo alta complexidade, vez que é levada em consideração mais a subjetividade dos seus participantes de uma família do que propriamente a lei em tese. (GARCIA, 2019)

Conforme observação de Oldoni, Lippmann e Girardi (2018), o Código de Processo Civil, firme no art. 694, estabelece que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação, abrindo-se um excelente campo para a implementação das Constelações Familiares.

De acordo com notícia extraída da Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça (2018), escrita pela repórter Luiza Fariello, observa-se que, no âmbito judiciário, a intenção da técnica de Constelação é promover o esclarecimento as partes sobre o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial e abrir caminhos para a pacificação social, e que geralmente, as lides expostas para ser objeto de constelação dispõem de questões familiares, como violência doméstica, endividamento, guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventário, adoção e abandono:

> A Constelação Familiar começou a ser aplicada pela Justiça na Bahia, em 2012, pelo juiz Sami Storch. Ele tomou conhecimento da técnica em uma terapia pessoal, antes de ingressar na magistratura e, ao aplicá-la às disputas judiciais, surpreendeu-se com os bons resultados. Naquele ano, a técnica foi testada com cidadãos do município de Castro Alves, a 191 quilômetros de Salvador. Nas 90 audiências realizadas, nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de Constelações, o índice de conciliação foi de 91%. "As pessoas buscam o Judiciário para resolver determinado conflito. Na Constelação, descobrem caminhos para resolvê-lo por conta própria, de forma muito mais profunda que a decisão judicial. Acabam quebrando padrões nocivos, relacionamentos prejudiciais, comportamentos violentos", explica o juiz Storch. De lá para cá, os projetos se multiplicaram pelo País e, em 2015, uma prática de mediação familiar baseada nessa técnica, desenvolvida no 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia/GO, foi vencedora do Prêmio Conciliar É Legal, do CNJ, além de receber em 2014 uma menção honrosa no XI Prêmio Innovare, concedido pelo Instituto Innovare. [...] (CNJ, 2018)

> [...] No Poder Judiciário, as Constelações Familiares são feitas pelos próprios juízes ou por psicólogos. No caso do Poder Judiciário de Goiânia, a técnica é aplicada pela psicóloga Rosângela Alves Montefusco, colaboradora do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), com partes de ações que estão em segundo grau. Para a psicóloga, isso representa desafio ainda maior que as Constelações feitas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), em uma etapa em que ainda era possível acordo pré-processual: em um ano, foram feitos acordos em 30% dos casos em que lados em conflito passaram pela prática. "As partes já chegam prontas para a briga. No

> primeiro encontro, tentamos quebrar resistências, mudamos as pessoas do lugar em que estão sentadas, colocamos divorciados lado a lado", conta a psicóloga. (CNJ, 2018)

Ainda relatado na matéria supramencionada, um dos casos que chamou muito a atenção foi acerca de um casal de irmãos que disputavam judicialmente um inventário de mais de R$ 10 milhões. Eles não se falavam há 20 anos. O irmão era contra o casamento da irmã, realizado aos 17 anos. Ao constatar que a presença do marido da irmã impedia qualquer conversa, a psicóloga pediu para que ele se afastasse durante a Constelação Familiar e, aos poucos, os irmãos começaram a conversar. Acabaram chegando a um acordo em relação à herança e o processo foi extinto. Mais do que isso, os irmãos se reconciliaram, depois de duas décadas de separação.A técnica da Constelação Familiar vai muito além do processo, reconstitui vínculos. (CNJ, 2018)

A constelação não é um método milagroso, todavia, possibilita uma reconexão de laços familiares. A mediação tem um abrangente espaço de utilização e as constelações familiares surgiram com o propósito de mediar as relações de família, embora a técnica não se restrinja a esse campo, pois já se encontra ampliada para as mais diversas áreas do Direito. (GARCIA, 2019)

O juiz Storch acentua um exemplo de Direito de Família para demonstrar a importância da aplicação da postura sistêmica ao julgar um caso de divórcio:

> Numa ação de divórcio, a solução jurídica relativa aos filhos menores pode ser simplesmente definir qual dos pais ficará com a guarda, como será o regime de visitas e qual será o valor da pensão. É o que usualmente se faz. Mas de nada adiantará uma decisão judicial imposta se os pais continuarem se atacando. Independentemente do valor da pensão ou de quem será o guardião, os filhos crescerão como se eles mesmos fossem os alvos dos ataques de ambos os pais. Uma ofensa do pai contra a mãe, ou da mãe contra o pai, são sentidas pelos filhos como se estes fossem as vítimas dos ataques, mesmo que não se deem conta disso. Sim, porque sistemicamente os filhos são profundamente vinculados a ambos os pais biológicos. São constituídos por eles, por meio deles receberam a vida [...] (STORCH, 2016)

Para Silva (2020) exemplificam como é na prática uma sessão de Constelação realizada no âmbito jurisdicional:

> As constelações são organizadas pelos temas dos processos – por exemplo, partes de processos de divórcio ou disputa de guarda de filhos participam de uma constelação. Demandantes de um processo de violência doméstica participam de outra e assim por diante. Nestes encontros, as partes são acolhidas pela equipe da comarca e, em ambiente coletivo, são levadas a refletir sobre temas comuns entre elas, seja divórcio, guarda, alimentos, partilha de bens, procedimentos da Lei Maria da Penha, inventários,

> violências praticadas por menores infratores e agentes em geral, dentre outros. A pessoa que se dispõe a colocar sua questão para ser constelada informa em qual tipo de processo está envolvida e quantos filhos tem em comum com a outra parte. Em respeito ao segredo de justiça que rege os procedimentos da Vara da Família, o juízo não permite que as partes falem detalhes ou nomes, para não expor intimidades naquele âmbito. As constelações seguem o modelo tradicional, sempre com uso de representantes para evitar exposição pessoal de quem se dispõe a colocar a sua questão para análise. Às vezes, conforme o caso, ao final, as próprias pessoas envolvidas são convidadas a assumir seus lugares na constelação. Em cada sessão são colocadas somente duas ou três constelações e o juiz prioriza temas com os quais as outras pessoas possam se identificar, no caso da comarca em análise, aqueles que tratam basicamente sobre a relação do casal e as causas da crise, bem como da posição e postura em relação aos filhos, tirando-os do cerne do conflito e liberando-os do peso decorrente do conflito. (SILVA, 2020)

O Direito Sistêmico destaca-se por estudar e interpretar os conflitos ocultos das partes, pois cada uma delas tem um motivo particular para estar envolvido daquela forma (ou como vítima, ou credor, devedor, agressor). Essas situações, segundo a doutrina possuem raízes profundas, e que não necessariamente estarão visíveis no processo ou até mesmo relacionadas diretamente com a outra parte, mas sim, ligados por vínculos ao passado familiar de cada um, inclusive de gerações anteriores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta senda, constata-se que o Direito sistêmico consiste na visualização das partes do conflito como membros do mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio. (STORCH, 2018)

Conclui-se que, o Direito Sistêmico **não se trata de uma área independente** do Direito, e sim é um novo avanço que analisa a aplicação das leis sistêmicas em todas as áreas do Direito. A proposta é justamente integrar a prática do Direito com a conciliação profunda envolvendo as partes, pois compreendendo os fatores que transcendem as relações entre os envolvidos, é possível buscar a **solução mais efetiva e pacífica** do conflitos, evitando um longo processo oneroso e desgastante para as partes, bem como, auxiliando no procedimento de mediação e conciliação, oferecendo respostas adequadas para tratar acerca de demandas sociais que envolvem relações interpessoais, aqui, no caso, no âmbito do Direito de Família, que atualmente é a esfera que a técnica das Constelações Familiares estão sendo aplicadas e expandidas com mais frequência. (grifou-se)

Portanto, resta nítido que o Direito Sistêmico procura se desenvolver progressivamente a fim de dar respaldo contínuo à verdadeira humanização da Justiça

Brasileira, a partir da aplicação das Leis Sistêmicas para a efetiva resolução de conflitos no âmbito judicial, em especial, com crescimento continuo na esfera do Direito da Família pela utilização da técnica das Constelações Familiares e pela incorporação da postura sistêmica pelos profissionais do Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Daniela Martins; MILHOMEM, Larissa. **Direito Sistêmico: um novo olhar aos conflitos de interesse**, 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73465/direito-sistemico um-novo-olhar-aos-conflitos-de-interesse. Acesso em: 14 ago. 2021.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Direito de Família à Luz da Constelação Familiar e do Direito Sistêmico.** Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 17, nº 97, p. 75-78, ago/set 2016. Disponível em: ://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2007/Rev.Sint.Dir.Fam_n.97.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF**. Publicado em 03. jun. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/. Acesso em: 15 ago. 2021.

FRANZ, Marie Louise Von. **O Caminho dos Sonhos**, 1988. Disponível em: https://institutodalma.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Marie-Louise-Von-Franz-O-Caminho-dos-Sonhos.pdf. Acesso em: 11 ago.2021.

GARCIA, Matheus Corrêa. **Constelação Familiar e o Direito Sistêmico**: Métodos de resolução de conflitos no Direito de Família, 2019. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/constelacao-familiar-e-direito-sistemico-metodos-de-resolucao-de-conflitos-no-direito-de-familia.htm. Acesso em: 16 ago.2021.

HELLINGER, Bert. **Simetria oculta do amor**. São Paulo: Cultrix, 2012.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares.** São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. **Hellinger Sciencia**. In: Hellinger Sciencia Site. Disponível em http://www2.hellinger.com/br/pagina/constelacao-familiar/hellinger-scienciar/. Acesso em 17 ago. 2021.

JUNG, C. G. 1875-1961. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira; COSTA, Viviane Moura da. Constelação sistêmica familiar voltada ao poder judiciário na técnica de mediação judicial dos processos de família. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM,** Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1190-1204, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29591 . Acesso em: 14 ago. 2021.

SHELDRAKE, Rupert: **A New Science of Life**: the hypothesis of morphic resonance. London: Blond & Briggs, 1981.

STORCH, Sami. "Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares", *in* **Entre Aspas – Revista da UNICORP – Tribunal de Justiça da Bahia**, p. 304-316, 2016.

STORCH, Sami. O que é Direito Sistêmico? **Direito Sistêmico**, 2010. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/. Acesso em: 14 ago. 2021.

STORCH, Sami - **Direito é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos** - 2018- Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos. Acesso em: 13 ago. 2021.

SILVA, Mario Augusto Paixão. **O Direito Sistêmico no Âmbito da Educação Jurídica**: Uma análise da aplicabilidade da técnica de Constelação Familiar Sistêmica como meio de resolução de conflitos, 2020. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-sistemico. Acesso em: 17 ago. 2021

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direitos sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao direito de família e a direito penal**. 2 ed. Joinville: Manuscritos, 2018.

TRIPICCHIO, A. **Ressonância Mórfica de Rupert Sheldrake**, 2007. Disponível em: https://www.redepsi.com.br/2007/09/15/resson-ncia-m-rfica-de-rupert-sheldrake/. Acesso em: 16 ago. 2017

WENDISCH, Huini Paola. **Constelações Organizacionais**: O Direito Sistêmico na Solução de conflitos empresariais, 2021. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/publicacoes/163.pdf. Acesso em: 17 ago 2021.

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A MEDIAÇÃO SANITÁRIA COM ESTRATÉGIA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Maria Eduarda Granel Copetti[1]
Gabrielle Scola Dutra[2]
Charlise Paula Colet Gimenez[3]

RESUMO: A judicialização do direito à saúde e a mediação sanitária é a temática da presente pesquisa. O fenômeno da judicialização da saúde revela que há um crescimento exorbitante de demandas judiciais, ao passo que essa dinâmica de protagonismo exagerada do Poder Judiciário pugna pela emergência de novas formas de tratamento de conflitos sanitários, como a mediação. A presente pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo e instruída por uma análise bibliográfica. Num primeiro momento, aborda-se o acesso à saúde no Brasil por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS). Posteriormente, apresenta-se a mediação sanitária enquanto política de cidadania e tratamento de conflitos. Diante do fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil, questiona-se: a mediação sanitária é uma estratégia de tratamento de conflitos no contexto do SUS?

Palavras-chave: Conflito. Direito à saúde. Judicialização. Mediação Sanitária. Sistema Único de Saúde.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito fundamental à saúde é evidenciado como uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, à medida que seu caráter social foi reconhecido pela Constituição Federal (CF), promulgada no ano de 1988. Atrelada a tal perfectibilização

[1] Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Câmpus Santo Ângelo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do grupo de pesquisa: Conflito, Cidadania e Direitos Humanos (Linha II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos). Advogada. *E-mail:* mariaeduardagcopetti@gmail.com.

[2] Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ com Bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior CAPES). Mestre em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Câmpus de Santo Ângelo (Bolsista CAPES/TAXA 2018/2020). Especialista em Filosofia na Contemporaneidade pela URI. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual prático contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do grupo de pesquisa: "Biopolítica e Direitos Humanos", cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos, Mestrado e Doutorado da UNIJUÍ. Advogada. *E-mail*: gabriellescoladutra@gmail.com.

[3] Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER sob a orientação da professora Doutora Sandra Regina Martini. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, Câmpus de Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa. *E-mail*: charcoletgimenez@gmail.com.

constitucional e sob a égide da dignidade da pessoa humana, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Lei 8.080/1990, operacionalizado a partir dos princípios da equidade, universalidade e integralidade, possibilita a efetivação do direito à saúde no contexto brasileiro. Nesse sentido, o SUS destaca-se como um dos melhores sistemas de saúde pública do mundo pois é dinamizado em direção à potencialização da promoção de acesso à saúde a todos, fortalecendo a lógica do Estado Democrático de Direito.

Por isso, desde a criação do SUS, visualizam-se avanços e retrocessos no que se refere à complexa (in)efetivação do direito fundamental à saúde. Afirma-se que a destinação adequada de recursos públicos à saúde que sane as múltiplas demandas existentes é imprescindível, no sentido de que é necessário reconhecer a complexidade e a especificidade da significação do direito à saúde em consonância com a conjuntura social brasileira. De acordo com os limites e possibilidades do acesso à saúde a partir do SUS, a constituição da intersecção entre direito e saúde possibilita evidenciar que a linha de comunicação entre o sistema de saúde e o sistema jurídico resta comprometida, no sentido de que conflitos sanitários entram em ascensão e o direito à saúde acaba sendo judicializado.

O fenômeno da judicialização da saúde revela que há um crescimento exorbitante de demandas judiciais, ao passo que essa dinâmica de protagonismo exagerada do Poder Judiciário pugna pela emergência de novas formas de tratamento de conflitos sanitários, como a mediação. A presente pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo e instruída por uma análise bibliográfica. Num primeiro momento, aborda-se o acesso à saúde no Brasil por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS). Posteriormente, apresenta-se a mediação sanitária enquanto política de cidadania e tratamento de conflitos. Diante do fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil, questiona-se: a mediação sanitária é uma estratégia de tratamento de conflitos no contexto do SUS?

O ACESSO À SAÚDE NO BRASIL ATRAVÉS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A partir da premissa de que a saúde se apresenta, numa dimensão cosmopolita, como um bem comum da humanidade e, por consequência, um direito social imprescindível à existência humana, nota-se que de acordo com o contexto histórico e civilizacional, "o reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental representou um enorme avanço civilizatório global" (AITH, 2019, p. 11). No momento em que se menciona incorporar a ideia de Sociedade Cosmopolita vinculada à saúde observa-se que a busca pela preservação do ser humano percorre, necessariamente, o campo do direito sanitário. Assim, a saúde detém multifacetados aspectos, à medida em que para que o direito à saúde seja efetivado, é basilar que a sociedade e o Estado estabeleçam um diálogo alicerçado a partir da superação de déficits estruturais que fragmentam o binômio direitos/deveres.

Sobre isso, Fernando Aith estabelece uma reflexão alicerçada na interlocução entre saúde, direito e cidadania:

> A partir da compreensão de que a vida digna pressupõe o bem-estar físico, mental e social do ser humano, ampliou-se o dever dos Estados Modernos para adotarem medidas concretas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde das populações e dos indivíduos. A saúde passava a ser, enfim, um elemento essencial da noção de cidadania. Estados, sociedades, empresas, famílias e indivíduos passaram a ter a obrigação (dever) de se pautar pela noção de que a saúde é um direito universal, a ser protegido e promovido de todas as formas (AITH, 2019, p. 11).

Sendo assim, "a garantia do direito à saúde somente será efetiva na medida em que indivíduos, famílias, empresas, sociedade, Estado, assumirem deveres a serem cumpridos para a plena realização do direito" (AITH, 2019, p.11-12). Diante disso, vê-se a necessidade de se abordar o acesso à saúde no Brasil através de uma análise do Sistema Único de Saúde (SUS). Sabe-se que o SUS é considerado um dos melhores sistemas de saúde pública do mundo, operacionalizando uma estrutura complexa que abarca "desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Outrossim, o direito constitucional à saúde é consolidado com a criação do SUS, a partir da Lei nº 8.080/1990, no sentido de que há a operacionalização de uma lógica estatal que garante o acesso universal ao sistema público de saúde. Com efeito, a atenção integral à saúde "passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).O artigo 4º do referido diploma legal estabelece a constituição do SUS, que abrange "o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público" (BRASIL, 1990).

A estrutura do SUS anuncia a consolidação do sistema federativo, justamente por deter uma arquitetura pautada na articulação de uma rede hierarquizada e regionalizada. A gestão sanitária do SUS é operacionalizada pelas três esferas do governo (municipal, estadual e federal), na medida em que tais devem desenvolver um planejamento estratégico atendendo às demandas sociais da população a partir da implementação de políticas públicas nacionais sanitárias. A rede que constitui o SUS abarca ações e serviços de saúde, ao passo que inclui "a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Em que pese a CF perfectibilizar a saúde como um direito de todos e dever do Estado, observa-se que o SUS se depara com déficits estruturais, os quais são fomentados em consonância com a condução governamental de políticas voltadas para a constituição de um horizonte de precariedade. Além de práticas de desmantelamento orientadas por conflitos políticos perpetrados pelo atual (des)governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro e por pressões desencadeadas pelo sistema privado de saúde em detrimento do SUS, somando-

se a falta de leitos, de profissionais, de equipamentos, carência de medicamentos, extenso tempo de espera no atendimento, são algumas das fragilidades que o sistema sanitário público brasileiro vem enfrentando desde a sua criação e que culminam na judicialização do direito à saúde.

Sobre a dinâmica da judicialização da saúde no Brasil, Fernando Aith assevera que em que pese os indivíduos e a sociedade terem certos deveres em prol da proteção à saúde, o Estado é o defensor de tal direito constitucional, à medida em que deve ser o protagonista da defesa da saúde:

> Deve o Estado atuar por meio de seus três poderes para a efetivação do direito à saúde: ao Poder Legislativo compete a aprovação de leis que orientem e possibilitem a atuação do Poder Executivo em defesa da saúde, leis que protejam este direito nos campos orçamentário, administrativo, de exercício de poder de polícia, de execução de políticas públicas, dentre outros; ao Poder Executivo compete a execução orçamentária e de políticas públicas eficazes, atuando como educador e propagador de informações essenciais à proteção da saúde individual e coletiva, bem como na execução de políticas públicas capazes de reduzir os riscos de doenças e agravos e de promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde; ao Poder Judiciário compete julgar, em última instância e sempre que demandado, sobre os conflitos da sociedade que envolvam o direito à saúde, em um movimento que veio a ser conhecido no Brasil como judicialização da saúde (AITH, 2019, p. 13-14).

Desse modo, é papel do Estado, operacionalizar sua rede sanitária para a manutenção da saúde dos seus tutelados, "e, no caso da prevenção falhar, ou nos casos de adoecimento por motivos humanos, deve oferecer uma rede de serviços capaz de atender com qualidade, humanidade e eficiência e presteza ao indivíduo, de acordo com suas necessidades, em proteção à sua dignidade humana" (AITH, 2019, p. 14). Sabe-se que o acesso à justiça está perfectibilizado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, a qual estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (BRASIL, 1988). Em outras palavras, o acesso à justiça é reconhecido como o direito a uma tutela jurisdicional justa e efetiva, no sentido de que a partir dela, o indivíduo procura a efetivação de direitos que, por ventura, foram violados e/ou ameaçados através do amparo no Poder Judiciário.

Diante disso, percebe-se a fragmentação do diálogo na dinâmica das relações sociais, justamente em decorrência do fenômeno da judicialização dos conflitos, momento em que o Poder Judiciário é provocado para resolver, judicialmente, conflitos que poderiam ser tratados de forma extrajudicial, desencadeando a chamada "crise jurisdicional" (CAPPELETTI; GARTH, 1988). Constata-se que o Poder Judiciário ao adotar uma política pública de resolução de conflitos, acaba por absorver mais responsabilidades. Logo, Fabiana Marion Spengler explica que:

> A descrença na justiça tem fundamento não só na distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, mas também no tempo (tradicionalmente longo) percorrido pelos procedimentos, pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, assim como pela impossibilidade de seu cumprimento. Verifica-se, então, uma desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos (SPENGLER, 2019, p. 22).

Em decorrência dos processos de complexificação inerentes à dinâmica interacional entre os seres humanos, o Poder Judiciário assume um papel de protagonista no que concerne à mediação das relações sociais, à medida em que perfectibiliza o fenômeno da judicialização. Por consequência, a "judicialização significa que questões de grande repercussão social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (Poder Legislativo e Poder Executivo)" (MACHADO; MARTINI, 2018, p. 778). Geralmente, o sistema jurídico responde aos conflitos sanitários chancelando a potencialização de zonas de um horizonte fadado ao caos através de decisões judiciais que se arquitetam no plano das "escolhas trágicas"[1]. Com efeito, observa-se que a judicialização é uma incongruência que revela contornos conflitivos, pois "ocorre que o protagonismo desenfreado e excessivo do Judiciário tem ocasionado incertezas e contradições no sistema que exige um repensar de seu sentido e limites" (MACHADO; MARTINI, 2018, p. 776).

A judicialização da saúde no Brasil é fato concreto, em razão de um contexto deficitário que se operacionaliza através da fragmentação das políticas públicas sanitárias, do desmantelamento do Sistema Único de Saúde (SUS), entre outras fragilidades, motivo pelo qual as pessoas são obrigadas a procurar tutela jurisdicional do Poder Judiciário para verem um direito constitucional que deveria concretamente ser de todos e dever do Estado, por fim, efetivado. Em outras palavras, é necessário que se apresentem novas formas de observar o Direito, como a mediação sanitária. No âmbito da saúde, a mediação se apresenta como alternativa à judicialização das políticas públicas pois é uma aposta de incorporação de processos de diálogos que catalisem a complexidade conflitiva encruada na gestão sanitária em prol da transformação dos conflitos e da efetivação do direito à saúde.

A MEDIAÇÃO SANITÁRIA COMO ESTRATÉGIA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO BRASIL

[1] No cenário da existência de conflitos que envolvem o direito à saúde, em grande maioria, o sistema do direito conduz decisões judiciais relativas ao direito sanitário, no contexto das "escolhas trágicas", tendo em vista que a Administração Pública não detém recursos satisfatórios para atender todas as demandas pleiteadas. O conceito de escolhas trágicas foi desenvolvido por Guido Calabresi e Philip Bobbitt na obra *Tragic Choices* e parte da premissa do equilíbrio das decisões possíveis de serem consolidadas com os recursos públicos existentes, orientando uma atmosfera sacrificial (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Nota-se que os conflitos que envolvem o direito fundamental à saúde no Brasil revelam um cenário eivado por uma gama de déficits estruturais que comprometem que vidas sejam vividas sob a égide da dignidade humana. A população brasileira (sobre)vive à mercê de inúmeros problemas sanitários, tais como: "falta de médicos, leitos, materiais cirúrgicos e desabastecimentos de medicamentos, entre outros. O que quer que seja, todas as necessidades, na saúde são prementes, não podendo deixar o tempo corroê-las" (MARTINI; MICHELON, 2019, p. 71). Portanto, a partir da premissa de que o direito à saúde está vinculado ao direito à vida, salienta-se que os conflitos sanitários produzem uma complexidade que revela a figura de um indivíduo que precisa de uma resposta rápida para o conflito sanitário que está passando, não sendo aconselhável aguardar uma decisão que, em função da morosidade da análise do Poder Judiciário, torna-se ineficiente.

A título exemplificativo, tais conflitos sanitários podem ser percebidos quando alguém precisa de um leito em alguma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) para realizar um procedimento cirúrgico em caráter de urgência e não existem leitos disponíveis no hospital. Igualmente, quando alguém necessita de um tratamento médico que se não for realizado com urgência comprometerá sua saúde, no entanto, o SUS não dispõe de infraestrutura para realiza-lo e nem de profissionais capacitados para efetuar o aludido tratamento. Também, conflitos sanitários podem ser percebidos quando alguém precisa de algum medicamento de alto custo, entretanto, esse medicamento não é fornecido pelo SUS. Em outras palavras, conflitos sanitários entram em ascensão e originam o fenômeno da judicialização da saúde.

Nesse sentido, a resolução de tais conflitos deveria ser dada pelos Entes Federados, por meio da Administração Pública, ou seja, a partir da política pública sanitária do SUS em prol da efetivação do direito fundamental à saúde do indivíduo envolvido no liame conflitivo. Desta forma, resta óbvio que quando políticas públicas de direito à saúde são criadas e as pessoas têm dificuldades de acessá-las, conflitos entram em ascensão. Sendo assim, constata-se que políticas de cidadania e tratamento de conflitos alternativas à judicialização podem ser implementadas e postas em prática com o intuito de efetivar o direito à saúde, como a mediação. O direito à saúde no Brasil detém maior complexidade, na medida em que os limites do Estado-Nação obstaculizam a sua efetivação como um bem comum à humanidade, ao passo que o sistema do direito e da saúde devem estar em consonância com o mundo real para que seja possível responder às demandas de complexidade crescente e atender as especificidades humanas em dinâmica.

Dessa maneira, no que concerne a efetivação do direito à saúde a partir de políticas públicas de cidadania e tratamento de conflitos, apresenta-se a mediação sanitária como método que é capaz de contribuir para o enfrentamento da questão de forma a implementar/executar políticas públicas voltadas ao senso de comunidade, de humanidade e de bem comum em prol da promoção, proteção e recuperação da saúde de todos. Na conjuntura da (in)efetivação do direito à saúde no Brasil, salienta-se que o fenômeno da judicialização da saúde é um acontecimento que revela o trágico déficit estrutural do SUS. Nesse contexto conflitivo, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabelece que o Poder Público deve proceder a verdadeiras decisões que se projetam no contexto de "escolhas trágicas"

diante dos dilemas da existência humana entre a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, e as previsões de direitos previstos na seara constitucional.

Sendo assim, o STF por intermédio do informativo nº 582/10 no plano das "escolhas trágicas" reconhece que:

> O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Entretanto, o parâmetro de tais escolhas deve sempre optar pela proteção da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, deverá seguir a ótica da imprescindibilidade do mínimo existencial aos seres humanos, na medida em que a perfectibilização dessa perspectiva confere efetividade ao diploma legal constitucional, sob pena de retrocesso social. Em consonância com o exposto, de acordo com o fundamento do informativo nº 582/10 do STF sobre as "escolhas trágicas" afirma-se que a missão institucional do STF "impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Nesse sentido, a respeito da dimensão de sensibilidade instaurada nos processos de tratamento de conflitos, colabora Augusto Cury:

> Deve-se, portanto, treinar, durante todo o processo de tentativa de solução pacífica de conflitos, que nosso Eu, representante da consciência crítica e da capacidade de escolha, deve se esvaziar o tanto quanto possível de nós mesmos, para contaminarmos menos o processo de interpretação e sermos mais justos, dosados e, em destaque, tolerantes. Sem treinamento, solução pacífica de conflitos é quase uma utopia (CURY, 2019, p. 12-13).

Preliminarmente, é necessário pontuar que a jurisdição como é vivida atualmente é consequência de um contexto histórico evolutivo da sociedade, ao passo que "no passado a resolução dos conflitos era distribuída de forma nada unânime, de acordo com a cultura local e de suas tradições, através de intervenção de mediadores ou árbitros" (SPENGLER, 2010, p. 19). Ainda assim, a mediação é um mecanismo de tratamento dos conflitos de modo consensual e pacífico no qual o mediador atua como um catalizador no cerne do liame conflitivo. Sobretudo, o mediador facilita o diálogo entre os conflitantes, potencializando a linha de entendimento que sustenta o Estado Democrático de Direito. A mediação é reconhecida como uma forma ecológica de tratamento de conflitos, sendo estes sociais ou jurídicos, porém, instrumento que objetiva a satisfação dos envolvidos, substituindo a aplicação de uma sanção legal (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2012).

O fracasso do diálogo em uma sociedade que reconhece o conflito como um acontecimento inerente às relações sociais, desperta a imprescindibilidade de utilizar-se da mediação como estratégia reconstrutora de pontes para a concretização da cidadania e efetivação de direitos, à medida em que a aposta na mediação está em potencializar a prática sensível da alteridade como narrativa que sustenta a dinâmica das relações sociais entre os seres humanos. Sendo assim, a mediação é um procedimento pelo qual muitos sentimentos são "postos a mesa", ódio, raiva, mágoa e amor, em função disso é de suma relevância que o profissional que irá mediar o caso valide os sentimentos das partes (SPENGLER, 2017).

Assim, confia-se neste procedimento sensível de humanização do humano para que os conflitantes busquem um caminho, por uma via democrática, para tratarem os seus conflitos. Nesse enredo, a mediação sanitária apresenta-se como imprescindível estratégia, principalmente, no contexto da pandemia de COVID-19. No final de 2019, a humanidade deparou-se com o surgimento de um risco de caráter patológico advindo da China, o qual se alastrou para além das fronteiras da Ásia, atingindo todos os continentes terrestres. Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) anunciou o início de uma pandemia. A sociedade atual vem experenciando um período de pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), gerador da COVID-19.

No Brasil, o primeiro caso confirmado foi ao final do mês de fevereiro de 2020. O paciente número um, residente no Estado de São Paulo, tinha realizado uma viagem para a Itália, que era considerada o epicentro da doença naquele momento. Assim, cenário tupiniquim, os conflitos jurídicos no âmbito sanitário decorrentes da pandemia foram judicializados, no sentido de que envolvem questões coletivas que orientam a complexa (in)efetivação do direito fundamental à saúde e a operacionalização adequada de políticas públicas sanitárias através do SUS. Sendo assim, compreende-se que a morosidade instaurada junto ao Poder Judiciário pode acarretar em muitos danos à saúde das pessoas, devido à gravidade da situação e a lentidão na análise dos pedidos pleiteados nas demandas.

Nessa perspectiva, Fabiana Marion Spengler refere sobre as políticas públicas de saúde e o desencadeamento de conflitos sanitários:

> Quando descumpridas, as políticas públicas de saúde podem gerar conflitos que, mal organizados e administrados, chegam ao Poder Judiciário na forma de litígios processualizados (processos). Esses processos contribuem para o congestionamento do Judiciário, além de receberem prestação jurisdicional muitas vezes tardia e inadequada ao tipo de demanda neles proposta (SPENGLER, 2019, p. 34).

Com efeito, a mediação sanitária se apresenta como uma estratégia que detém potencialidade para ser incorporada na gestão do SUS, na medida em que oportuniza o tratamento de conflitos que envolvem o direito à saúde. Em outras palavras, a mediação incorporada no âmbito da saúde pode ser utilizada em liames conflitivos que advém, por exemplo, de incongruências não dirimidas entre médico e paciente. A partir da mediação

sanitária, encontra-se a possibilidade de ações preventivamente em face dos conflitos sociais, "precavendo-se de seus efeitos por intermédio da construção e permanente atenção ao mapa dos conflitos no âmbito do SUS, fazendo com que o sistema possa operar antecipando-se aos conflitos futuros, solucionando-os" (DELDUQUE; VAZQUEZ DE CASTRO, 2015, p. 512).

Assim, "a Mediação, como método pacífico de gestão de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e pôr fim àqueles iniciados ou reduzir o seu alcance" (DELDUQUE; VAZQUEZ DE CASTRO, 2015, p. 511). As principais vantagens da mediação sanitária são inúmeras, tais como: evita a judicialização de conflitos, otimiza a gestão do SUS, auxilia no diálogo entre os indivíduos, oportuniza o real entendimento do conflito, efetiva o direito à saúde, concretiza a cidadania, compatibiliza sua estratégia com o Estado Democrático de Direito, despolariza ambientes conflitivos, restaura vínculos esmagados pelo conflito, operacionaliza as políticas públicas de saúde, revela os déficits existentes no SUS, (re)pensa os limites e possibilidades do acesso à saúde por meio do SUS, entre outras vantagens. Na mediação sanitária, a Administração Pública é protagonista e gesta os conflitos de forma democrática.

Serve-se do conceito de Maria Célia Delduque e Eduardo Vazquez de Castro sobre a mediação sanitária:

> A Mediação Sanitária é um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde. As relações em saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente, para envolver muitos outros atores presentes em um sistema de saúde, advindo, daí, conflitos de toda a ordem, internos e externos ao sistema, criando condições para a judicialização. Conflitos internos (como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais) geram desgastes e judicialização, como também fazem os conflitos gerados fora do sistema, mas com reflexos diretos dentre dele, assim como os conflitos sociais e conflitos legais igualmente geram a judicialização (DELDUQUE; VAZQUEZ DE CASTRO, 2015, p. 507/508).

A guisa de conclusão, constata-se que a mediação sanitária é considerada uma política pública de cidadania e tratamento de conflitos pois é um instrumento democrático que proporciona a otimização da gestão do SUS. A lógica da mediação defende o acesso ao Poder Judiciário como a última opção dos indivíduos conflitantes, possibilitando que a mediação se fortaleça em todos os âmbitos do direito. Na mediação, "a comunicação restabelecida volta-se para o entendimento e para o compartilhamento de ideias e expectativas" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147). Em síntese, significa referir que na mediação, "o consenso não se exprime pelo simples "aceitar tudo", de forma passiva e inerte, mas pelo diálogo aberto, franco e sem uma normatividade pré-estabelecida" (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecendo as carências estruturais do atual sistema de saúde, nota-se que o direito à saúde está longe de ser efetivado de forma eficiente na sociedade brasileira, considerando que os direitos fundamentais tratados na Constituição Federal de 1988 não se verificam na prática, principalmente na seara no SUS. Em função disso, os cidadãos buscam auxílio do Poder Judiciário por meio de demandas relevantes para satisfazer suas necessidades.

Desse modo, a judicialização quando invade o âmbito da Administração Pública e transfere algumas decisões do Executivo para o Judiciário, acaba trazendo mais efeitos negativos do que positivos para os casos tratados. Além disso, sabe-se que a judicialização cria mais desigualdade na sociedade, prezando pelo atendimento de quem demanda pela via judicial, desequilibrando assim, os próprios orçamentos da Administração Pública.

Certifica-se que a mediação sanitária é uma forma autocompositiva de resolução de conflitos, e que por meio dela é possível deixar os seres humanos livres para participarem ativamente do caso. Ademais, a mediação sanitária permite a participação de médicos, enfermeiros, pacientes, promotores, gestores, etc. Com a participação dessas pessoas, o acordo poderá ser alcançado sem que desorganize os planos da Administração Pública.

Assim sendo, a mediação sanitária encontra-se em perfeita sintonia de acessibilidade à Justiça material para resolver as necessidades solicitadas pelos indivíduos. Isto posto, ressalta-se que este procedimento é viável e satisfatório visando evitar futuros casos judicializáveis na seara do SUS, garantindo transparência, rapidez e proteção com fundamento em métodos extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Prefácio. In: MARTINI, Sandra Regina. STURZA, Janaína Machado. FINCO, Matteo. **Direito à Saúde:** Ponte para a Cidadania. O Movimento Entre Os Saberes: A Transdisciplinaridade e o Direito. Vol. XII. Porto Alegre: Evangraf. 2019.

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/Constituiçao.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CURY, Augusto. Conheça a ti mesmo para pacificar tua mente para depois pacificar os outros, ferramentas universais de pacificação. *In*: **Soluções pacificas de conflitos para um Brasil Moderno**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; VAZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em debate**. Rio de Janeiro, v. 39, nº 105, abr-jun, 2015, p. 506-513. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.

MACHADO, Clara. MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização Da Saúde, Diálogos Interinstitucionais e Participação Social: Em Busca De Alternativas Para O Sistema. In: **Revista Estudos Institucionais.** UFRJ. V.4.nº 2. 2018. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190. Acesso em: 03 jun. 2021.

MARTINI, Sandra Regina e MICHELON, Ana Luísa. Mediação sanitária, um olhar para o direito à saúde à luz do diritto vivente. In: **Revista formas consensuais e solução de conflitos.** Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5963. Acesso em: 11 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude. Acesso em: 21 ago. 2021.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 582 de 12 a 16 de abril de 2010.** Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação técnicas e estágios.** 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mudanças de paradigma na medicina e no direito: diferenças e similitudes. In: **Direito à saúde em foco**. SPENGLER, Fernando Augusto Marion e SPENGLER, Pedro Henrique Marion (Org). Santa Cruz do Sul, editora Essere nel Mondo, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. A resolução de litígios advindos das políticas públicas de saúde. In: **Direito à saúde em foco**. SPENGLER, Fernando Augusto Marion e SPENGLER, Pedro Henrique Marion (Org). Santa Cruz do Sul, editora Essere nel Mondo, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Theobaldo. **Mediação Enquanto Política Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como "direito humano básico" e a crise da jurisdição no Brasil. *In*: **Revista Scientia Iuris.** 2012. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501/9315. Acesso em: 01 abr. 2021.

URI
ERECHIM

EDIFAPES